

NOUVELLE REVUE HISTORIQUE

DE
DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

A. ESMEIN
Membre de l'Institut,
Professeur
à la Faculté de droit de Paris,
Président de section à l'École
pratique des Hautes Études

G. APPERT
Docteur en droit

J. TARDIF
Docteur en droit,
Archiviste-Paléographe

M. PROU
Membre de l'Institut,
Professeur
à l'École des Chartes

P. DARESTE
Docteur en droit

P. F. GIRARD
Professeur
à la Faculté de droit de Paris

SECRÉTAIRE DE LA RÉDACTION

Félix SENN
Professeur à la Faculté de droit de Nancy

TRENTE-SEPTIÈME ANNÉE

1913

Réimpression publiée avec l'accord des Editions SIREY.

SCHMIDT PERIODICALS GMBH

D-8201 Bad Feilnbach 2/W. Germany

1985

LA
MEDITATIO DE PACTIS NUDIS

(Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων)

I
INTRODUCTION

« Nihil est inutile in jure et, si nihil creditis, omnia vobis perscrutanda, pertentanda, pernoscenda sunt, si non veltis esse jurisconsulti de populo ».

Cujas, sur le titre XI du livre VIII du Code de Justinien.

La Méditation sur les pactes nus se trouve dans le manuscrit de Venise (*Codex Marcianus*), gr. n° 179, et dans le manuscrit de Montpellier (*Codex Montispessulanus*), II, 73.

Le *Codex Marcianus*, gr. 179, est trop célèbre pour qu'il soit nécessaire d'en parler ici longuement. Il suffira de renvoyer : 1° aux catalogues rédigés en 1740 par le custode A.-M. Zanetti et le docteur Buongiovanni (1), et en 1803 par le custode Jacques Morelli (2); 2° à la description de Bluhme insérée dans l'histoire des Novelles de Justinien de Biener (3); 3° aux indications fournies

(1) *Graeca D. Marci bibliotheca codicum manuscriptorum per titulos digesta. Praeside et moderatore Laurentio Theupelo, equite ac D. Marci proc. 1740*, in-f°.

(2) *Jacobi Morellii biblioth. D. Marci custodis bibliotheca manuscripta graeca et latina*, I, 1802, in-8°, p. 103.

(3) *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlin, 1824, p. 617-621.

par Zachariae von Lingenthal dans la préface de son édition des Nouvelles (1) et par Kroll dans l'édition des Nouvelles entreprise par R. Schoell pour l'édition stéréotypée du *Corpus juris civilis* de la librairie Weidmann (2). Retenons seulement de ces descriptions répétées que le *Codex Marcianus*, gr. 479, est en parchemin, qu'il paraît être l'œuvre de plusieurs copistes (3) dont l'écriture se ressemble, mais dont l'orthographe, la façon d'abréger et aussi l'habileté professionnelle diffèrent. On admet généralement que notre manuscrit est la reproduction d'un archétype non antérieur au milieu du ^x^e siècle (4). Il aurait été écrit soit à Constantinople, soit en Calabre, à la fin du ^{xii}^e siècle ou au début du ^{xiii}^e siècle (5). On lit, en effet, au *verso* de la feuille de garde, que le *Codex Venetus* a appartenu au grand juge Synator Maleïmus qui en fit don au monastère *del Patir* (6), c'est-à-dire à la célèbre abbaye grecque fondée près de Rossano

(1) *Imp. Justiniani P. P. A. novellae quae vocantur sive constitutiones quae extra codicem supersunt ordine chronologico digestae, graecis ad fidem Codicis Veneti castigatis*, Leipzig, 1881. Il faut y joindre l'*Appendix ad editionem novellarum Justiniani ordine chronologico digestarum* que Zachariae von Lingenthal publia en 1884 pour fêter l'anniversaire du jour où, cinquante ans auparavant, il était devenu docteur *in utroque jure*, et un second appendice paru en 1891 contenant une nouvelle édition de la *lex de dioecesi aegyptica* (édit XIII) avec traduction latine.

(2) *Novellae, recognovit Rudolphus Schoell, opus Schoelii morte interruptum absolvit Guillelmus Kroll*, Berlin, 1904.

(3) Bluhme (cf. Biener, *op. cit.*, p. 617), pensait, bien à tort, le contraire. L'erreur de Bluhme est répétée dans les *Exempla Codicum graecorum* de G. Wattenbach et A. von Velsen, Heidelberg, 1878, où se trouve reproduit le folio 163^a du *Codex Venetus*. Cf. Zachariae, *Praef.*, p. vii; *Appendix*, p. 10.

(4) V. Zachariae, *Praefat. Nov.*, p. ix.

(5) Cf. Zachariae, *Appendix ad edit. Nov. Just.*, p. 9.

(6) Ἀφιερώθη παρὰ τοῦ μεγάλου κριτοῦ κυροῦ συνατῶρος τοῦ μαλένου ἐν τῇ ἀγίᾳ καὶ μεγάλῃ μονῇ τοῦ πατρὸς βιβλία διάφορα, ἐν πρώτοις ὁ ἀπόστολος..... καὶ ὁ νομοκάνων ὁ ἐρμηνευθεὶς παρὰ νικολάου δοξαπατρίου, καὶ τὸ μέγα βιβλίον τὸ νόμιμον αἱ νεαραὶ αἱ τῶν νόμων ἐπανορθώσεις παρὰ λέοντος τοῦ μεγάλου βασιλέως καὶ τοῦ μακαρίου ἱουστινιανοῦ οἱ ἐπανομαζόμενοι αὐθεντικοί, σὺν τούτοις καὶ τὰ ἔδικτα τούτου.

en Calabre, par saint Barthélemy (1), à la fin du ^x^e siècle. Or, la famille des Maleïni est très connue, elle a fourni à l'empire grec de nombreux fonctionnaires, et notamment l'illustre magister Eustathe Romain (2). Elle était originaire de Rossano. « Les Maleïni, écrit M. Battifol (3), exerçaient dans chaque *castro* une sorte de patronat héréditaire ». Lors de la fondation du monastère *del Patir*, un Nicolas Maleïnus était archevêque de Rossano et fit tout ce qu'il put pour mettre la main sur le monastère (4). En 1167, un diacre Michel Maleïnus souscrit un acte de donation fait par un autre archevêque de Rossano, Jean, à l'abbaye Saint-Jean de Calovito (5). En 1189, un Synator Maleïnus souscrit, comme témoin, *Papographum* d'une bulle d'or donnée par le roi Roger en faveur du monastère *del Patir* l'an 6638 de la création du monde, indiction 8, et l'an 1130 de l'Incarnation : Συνάτωρ Μυλένος..... τῷ κατὰ πάντα ἰσοδυναμῶ ὑπέγραψεν (6). Il est à croire, avec Zachariae von Lingenthal, que le Synator Maleïnus dont il est ici question s'identifie avec le grand juge de Calabre, donateur du *Codex Venetus*. G. Kroll commet une confusion quand il écrit que ce Synator Maleïnus est plus récent que celui qui a souscrit le diplôme de 1130 (7). Le moyen de parler

(1) Et non pas saint Nil, comme l'affirmait Montfaucon, *Palaeographia Graeca sive de ortu et progressu literarum graecarum*, etc., Paris, 1708, p. 384, et Zachariae, *op. cit.*, p. viii, n. 3. Cf. Battifol, *L'abbaye de Rossano*, Paris, 1891, p. 2. Le nom complet du monastère de Rossano était : μονή τῆς ἀρχάντου θεοτόκου καὶ νέας ὁδηγητρίας τοῦ πατρὸς.

(2) Cf. H. Monnier, *La Novelle 50 de Léon le Sage*, Paris, 1912, p. 33, n. 6.

(3) *Op. cit.*, p. xi. Cf. Trinchera, *Syllabus Graecarum membranarum*, Naples, 1865, p. 73, 141, 152, 226, 268, 287.

(4) Le monastère échappa aux prises de l'archevêque, parce qu'il reçut du pape Pascal II le privilège de l'*immédiateté*. Cf. Battifol, *op. cit.*, p. 60 *in fine*.

(5) Cf. Battifol, *op. cit.*, p. xxxi.

(6) Le texte est donné par Montfaucon, *Palaeographia graeca*, p. 397, d'après la copie qui est aux archives de saint Basile à Rome, et par Trinchera, *op. cit.*, p. 138, d'après une copie des archives de Naples.

(7) Préface à l'édition des *Novelles* de Schoell, p. viii, n. 2 : Recentior

des souscripteurs de l'acte de 1130? Nous n'avons pas cet acte et, par conséquent, nous ignorons le nom de ceux qui l'ont souscrit. Nous en connaissons seulement la teneur par l'*apographum* de 1189 et nous avons seulement les noms de ceux qui ont souscrit l'*apographum* pour en certifier l'exactitude : d'abord Cosmas, humble moine et archevêque de Rossano, et à la fin Synator Maleïnus (1).

Au xv^e siècle, le *Codex Venetus* devint la propriété d'un savant célèbre en son temps, le cardinal Bessarion (2). On peut indiquer en quelle année. En effet, une note de la main de Bessarion écrite sur le *Codex*, à la suite de celle qui signale le don de Synator Maleïnus à l'abbaye de Rossano, donne les renseignements suivants : *Leonis Novellarum* τῶπος νά. αἱ νεαράι τοῦ ἱουστινιανοῦ καὶ ἄλλων βασιλέων. κτῆμα βησσαρίωνος καρδηνάκλειος νικαίας τοῦ των σαβίνων. *Locus 51. Authentice liber b. car. nicensi epi. Sabineñ...* Or, Bessarion, métropolitain de Nicée en 1436, cardinal-prêtre des Saints Apôtres en 1439, fut créé, le

quam συνάτωρ Μαλέινος is qui diplomati anni 1130 subscripsit (Trinchera, *Syllab. græc. membr.*, 141; Montfaucon, *Palaeogra.*, 401).

(1) Il y a au Vatican n° 2019 un manuscrit en parchemin 166 ff. venant de l'abbaye *del Patir* et contenant notamment un épitome des canons avec le commentaire d'Aristène, mais attribué à Doxapater. On y lit, en marge du folio 155, la note suivante : κατὰ τὸν ἀπρίλλ. μῆνα εἰς τ. ιή τῇ ἀγ. καὶ μεγάλ. τριτ. ὥρα 0' ἰνδ. ζ'. ἔτ., ςψμβ' (c'est-à-dire l'an 1232 de l'ère chrétienne) ἐγέννηθ. ἡ θυγάτηρ ἐμοῦ συνάτωρος τῆς κριτ.... κατὰ τοῦ σепτρ. μῆνα εἰς τ. ιή ἡμέρ. τριτ., πρὸ ἑσπέρ. ἰνδ. 0' ἔτ. ςψμδ' (c'est-à-dire 1234 p. Cl.). ἡ σύζυγος ἐμοῦ συν. τ. ςο. τῆς κριτ'.... ἐγέννησε παιδίον δεύτερον ἄρσεν.... On pourrait soutenir — Montfaucon l'a fait, *Palaeographia graeca*, p. 62 sq., 301 sq. — que le Synator qui nous donne tant de détails de famille est le Synator Maleïnus dont il est question au texte, mais pour écarter cette manière de voir, il y a une raison, à mon sens, décisive. Au folio 165 du *Codex Vaticanus*, on lit, écrits d'une grosse écriture du xvi^e siècle, les mots : βεβλῆτον λεγόμενον χρονικὸν ἔχον καὶ τὸν νομοζάνονον ἀριζώσις τοῦ βαβδ. Donc, les deux *Codices* le *Venetus* et le *Vaticanus* viennent bien de l'abbaye de Rossano, mais celui-ci est un don de Rabd.... et celui-là un don de Synator Maleïnus.

(2) On lit dans l'*Ecthesis cronica*, 7, 18 (édit. Lambros, Londres, 1902) : ὁ γὰρ βησσαρίων ἦν πάλαι ἐν τῷ λέγειν καὶ ἄκρος φιλόσοφος.

5 mars 1449, par le pape Nicolas V, évêque de Sabine, et puis, le 2 mai suivant, il devint évêque de Tusculum (1). C'est donc entre le 5 mars et le 2 mai que Bessarion acquit le *Codex Venetus*. Il tombe sous le sens que si Bessarion avait été, au moment de l'acquisition, déjà évêque de Tusculum, il l'eût dit, et cela à cause de l'importance du siège de Tusculum qui faisait considérer son titulaire comme un des sept collatéraux du pape et lui donnait « la sixième place aux offices célébrés en présence du pontife, dans la grande basilique de Saint-Jean de Latran » (2). Vingt ans après, le manuscrit changea encore de propriétaire. Bessarion, en effet, avait d'abord donné, sous réserve d'usufruit viager, ses manuscrits grecs au monastère vénitien de Saint-Georges majeur. Devenu patricien de Venise et inscrit au Livre d'or, il se fit autoriser par bref de Paul II (3) à révoquer la donation à Saint-Georges pour attribuer définitivement toute sa bibliothèque à la République de Venise (4). Par avance, le Sénat accepta, le 23 mars 1468, la donation qui fut faite seulement le 31 mai. La bibliothèque de Bessarion prenait le nom de bibliothèque de Saint-Marc. Elle s'augmenta de tous les manuscrits et imprimés que Bessarion acheta jusqu'à sa mort, survenue

(1) Cf. H. Vast, *Le cardinal Bessarion*, Paris, 1878, p. 50 et 173. — U. Chevalier, *Répertoire des sources historiques du Moyen âge. Bibliographie*, v° Bessarion (Paris, 1905) donne des dates un peu différentes.

(2) Vast, *op. cit.*, p. 173.

(3) Ce bref, écrit M. Vast, *op. cit.*, p. 372, existe en manuscrit à Venise, aux archives des Frari, *Memoriale*, t. XVI, f° 5, et à Saint-Marc, LXIV, 14, f° 4-9.

(4) Il faut lire, dans la *Patrologie grecque* de Migne, CLXI, p. 700-702, l'admirable lettre par laquelle Bessarion annonce sa décision au doge et au Sénat de Venise. En voici quelques extraits : Equidem semper a tenera puerili aetate omnem meum laborem, omnemque operam studium curamque adhibui, ut quoscunque possem libros in omni disciplinarum genere compararem..... Nullam enim magis dignam atque praeclaram suppellectilem, nullum utiliore praestantiorumque thesaurum parare mihi existinabam. Vocibus pleni, pleni antiquitatis exemplis, pleni moribus, pleni legibus, pleni religione vivunt, conversantur, loquuntur nobiscum. Docent nos, instituunt, con-

en 1472. Les livres du cardinal, d'abord placés dans les combles de Saint-Marc, furent mal logés, mal surveillés, mal entretenus. On en prêta beaucoup qui ne furent jamais rendus. C'est seulement en 1536 que la République se décida à charger Sansovino de construire un bâtiment approprié. L'édifice fut achevé en 1553. En 1574, on y transporta les livres de Bessarion. Ils y sont toujours.

Le *Codex Marcianus* 179 contient les pièces suivantes :

Sur le feuillet précédant le folio 1, une table des vingt-cinq premières Nouvelles de Léon. Suivent f° 1 r°-62 v° les cent douze Nouvelles de Léon. Aussitôt après, f° 62 r°-67 v°, la *Meditatio* présentée comme une Nouvelle de Léon et que suit la subscription : *τέλος τῶν διορθωτικῶν τῶν νόμων ἀντζυθόρσεων*. Au feuillet 67 v°, après sept lignes vides, commence un nouvel index des constitutions insérées. On y trouve énumérées successivement : la constitution de Zénon *περὶ ζωνοτομιῶν* (1), les Nouvelles

solantur..... Tanta est eorum potestas, tanta dignitas, tanta majestas, tantum denique nomen, ut, nisi libri forent, rudes omnes essemus et indocti; nullam fere praeteritarum rerum memoriam, nullum exemplum, nullam denique nec humanarum nec divinarum rerum cognitionem haberemus..... Caeterum cum hoc saepe mente repeterem, parum desiderio meo satisfecisse videbar, nisi pariter providerem, ut libri, quos tanto studio et labore coegerim, me vivo ita collocarentur, ut etiam defuncto dissipari aut alienari non possent..... Hoc igitur cogitanti mihi..... sola vestra inclyta atque amplissima civitas occurrit in qua animus meus omni ex parte conquiesceret..... Quapropter et donationem ipsam et pontificis maximi decretum et librorum indicem ad vestras excellentias mittimus, precantes Deum ut reipublicae vestrae omnia bene leuiter, prospereque eveniant et pacem habeat, tranquillitatem, otium concordiamque perpetuam. Valeant excellentiae vestrae feliciter. — Viterbii, IV, non. Maias.

(1) Il s'agit de la célèbre loi 12, C. J., VIII, 10, *De aedificiis privatis*. Cf. Biener, *Gesch. der novellen*, p. 335, 401, 551, etc.; Witte, *Die leges restitutae des Just. Codex*, Breslau, 1830, p. 207; Biener, *Beiträge zur Revision des Just. Codex*, Berlin, 1833, p. 133-165; Zachariae, *Prochiron impp. Basilii, Constantini, Leonis*, Heidelberg, 1837, p. 318; Dirksen, *Das Polizei-Gesetz des kaisers Zeno*, etc., Berlin, 1844; Voigt, *Römische Baugesetze*, dans les *Berichte der k. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaft*, Leipzig, 1903, p. 175 et s.

de Justinien (1), les treize édits de Justinien, cinq Nouvelles de Justin, six Nouvelles de Tibère, cinq τύποι de Tibère, trente-neuf édits de préfets du prétoire (2), deux édits de Maurice (3), les ordonnances d'Irène sur le serment (4) et sur les troisièmes noces (5), la constitution de Léon et Constantin relative aux parents qui tiennent leurs enfants sur les fonts baptismaux (6). Viennent ensuite les textes mêmes, c'est à savoir la Constitution de Zénon περὶ καινοτομιῶν, les Nouvelles de Justinien jusqu'au f° 391 v°. Après la Nouvelle 162, une scholie avertit que les Nouvelles 163 et 164 ne sont pas rapportées là, étant les cinquième et deuxième de Tibère, ni la Nouvelle 165, parce qu'on ne l'a pas trouvée, ni les Nouvelles 166, 167, 168, parce que ce sont des édits de préfets du prétoire (7). Le texte des treize édits suit, du f° 391 r° au f° 440 v°. Ensuite on trouve cinq Nouvelles de Justin qui sont les Nouvelles 148, 140, 149, 144 de la collection des 168 Nouvelles et, comme troisième Nouvelle, la Constitution publiée pour la première fois par Scrimger sur les noces illicites contractées en Mésopotamie et Osroène (8), et

(1) Kroll décrit ainsi la fin du folio 67 v° : « Index novus : δευτέρως ζήγωνος βασιλέως περὶ καινοτομιῶν. περὶ τοῦ μὴ ἐπιλέγεσθαι κ. τ. ε. ». Cela n'est pas tout à fait exact. Nous avons sous les yeux la photographie de la page 67 v°. A la suite de la Nouvelle de Zénon est indiquée la Nouvelle 1 de Justinien : περὶ τοῦ φαλκιδίου, et seulement après la Nouvelle 1 la Nouvelle 2 : περὶ τοῦ μὴ ἐπιλέγεσθαι.

(2) L'*Index collectionis τῶν ἐπαρχικῶν τύπων ex Codice Murriniano*, 179, a été publié par Zachariae von Lingenthal dans ses *Anecdota*, p. 258-261.

(3) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 19 et 20.

(4) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 27. Cf. H. Monnier, *La Nouvelle 50 de Léon le Sage*, Paris, 1912 p. 10 sqq.

(5) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 28.

(6) Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 26.

(7) Voici le texte de la scholie : ἡ ρξγ' οὐκ ἐγράφη ὡς ὅς οὐσα ε' τιθερίου, ἣν καὶ εὐρήσεις γεγραμμένην. ὡσαύτως καὶ ἡ ρξδ' ὡς οὐσα β' τιθερίου, ἣν καὶ εὐρήσεις γεγραμμένην. ἡ δὲ ρξε' οὐκ εὐρήθη. ἡ δὲ ρξς' ἔστι τύπος α' τῶν ἐπαρχικῶν. ἡ δὲ ρξζ' ἔστι τύπος αδ' τῶν ἐπαρχικῶν. ἡ ρξη' ἔστι τύπος β' τῶν ἐπαρχικῶν.

(8) Cf. Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. I, Nov. 3.

enfin la Novelle de Tibère II *de divinis domibus*, qui se termine avec le f° 445 r° (1). Le reste du manuscrit manque et, par conséquent, manquent aussi les autres textes annoncés dans l'index.

Venons au manuscrit de Montpellier.

Tandis que nous avons dû nous contenter, pour le *Codex Marcianus*, d'une reproduction photographique des feuillets contenant la *Meditatio*, nous avons eu en mains le *Codex Montispessulanus*, H. 73, et nous avons pu faire de ce beau manuscrit une collation minutieuse. Comme le *Codex Montispessulanus* est beaucoup moins connu que le *Codex Venetus*, il ne paraîtra peut-être pas superflu de le décrire avec soin. Notre description corrigera et complétera les descriptions inexactes et sommaires de Mortreuil (2), de Zachariae von Lingenthal (3) et de Hase (4).

Le *Codex Montispessulanus*, H. 73, appartient à la bibliothèque de la Faculté de médecine de Montpellier. Il contient exclusivement les Novelles de Léon le Philosophe et la Méditation sur les pactes nus. Le manuscrit est sur beau papier oriental lissé, *in-folio*. Comme l'indique une note écrite *in fine*, le 18 mars 1835, par le bibliothécaire Kuehnholtz, il se compose de quatre-vingt-un feuillets exactement numérotés. Hase (5), sans doute influencé par ce qu'avait écrit, en 1830, Haenel dans le *Catalogus librorum manuscriptorum Galliae, Belgiae* (6)...., faisait remonter à la fin du x^e siècle la rédaction du *Codex* de Montpellier. Mais la date donnée par Haenel dans le *Catalogus* était probablement le ré-

(1) V. Zachariae, *J. G. R.*, III, coll. 1, Nov. 12. Cf. Bas., VII, 11, 1.

(2) *Histoire du droit byzantin*, Paris, 1847, II, p. 300; I, p. 36.

(3) *Historiae juris graeco-romani delineatio*, Heidelberg, 1839, p. 51, n. 2.

(4) *Catalogue général des manuscrits des bibliothèques des départements*, série in-4°, t. I, Paris, 1849.

(5) V. *Catalogue général*, I, p. viii et p. 312.

(6) Leipzig, 1830, in-4°, p. 239.

sultat d'un moment de distraction ou d'une erreur typographique. En effet, en 1829 (1), un an auparavant, Haenel, corrigeant minutieusement des notes, déjà publiées en 1818 (2), sur les manuscrits de droit romain contenus dans les bibliothèques françaises, fixait au xvi^e siècle l'époque de rédaction de notre manuscrit. Comme il n'y a plus là-dessus de contestation, nous jugeons inutile d'insister.

Les quatre-vingt-un feuillets numérotés du *Codex* de Montpellier sont précédés de quatre feuillets non numérotés. Sur le premier de ces quatre feuillets, on lit le n° 977 (3), et un peu plus bas la notice suivante, probablement de la fin du xviii^e siècle : « Leo imperator Constantinopolitanus, hujus nominis Sextus. cognomento Sapiens, Basilii imperatoris filius, anno 866 creatus et anno 899 decedens ex hac vita undecimo Julii sive, ut alibi legitur, Maii. Scripta reliquit centum et tredecim Novellas constitutiones diversorum argumentorum ad res vel personas etiam ecclesiasticas pertinentes. Voluit enim (ait cordate Baronius) imitari Justinianum, ut, pro arbitrio, sicut de profanis ita de sacris aeque decerneret, sibi sumens quod summorum pontificum est. Haec Possevinus Jesuita, pag. 13, apparatus sacri T. 2^e, p. 15 (4). Sed verius pronuntiavit Jesus Christus Salvator

(1) V. *Themis*, IX, p. 154.

(2) V. *Themis*, VIII, p. 209-222.

(3) Et non pas 997 comme l'écrivit Hase.

(4) Le Possevin dont il est ici question est Antonio Possevino, né à Mantoue en 1534, mort à Ferrare en 1611. Possevin fut mêlé à quelques-unes des plus importantes négociations de son temps, notamment à celles qui amenèrent la conversion d'Henri IV. Au milieu de la vie la plus active, Possevin trouva le moyen d'écrire un grand nombre d'ouvrages d'une grande érudition, notamment l'*Apparatus sacer* dont le premier volume parut à Venise en 1603 et les deux autres en 1606. Le titre complet est celui-ci : *Apparatus sacer ad scriptores veteris et novi testamenti, eorum interpretes, synodos et Patres Latinos ac Graecos, horum versiones, theologos scholasticos quique contra haereticos egerunt, chronographos et historicos ecclesiasticos, eos qui casus conscientiae explicarunt, alios qui canonicum jus sunt interpretati, poetas sacros, libros pios quocumque*

noster apud Evangelistas : Regnum meum non est de mundo. Reddite quae sunt Caesaris, Caesari, etc... ». Le second et le troisième feuillets non numérotés sont blancs. Sur le quatrième, au *recto*, en haut, le président Bouhier a écrit en majuscules inclinées : *Leonis VI imperatoris Constantinopolitani constitutiones Novellae CXIII | Item anonymi μελέτη περὶ τῶν ψιλῶν συμφώνων | seu exercitatio de nudis pactis*. Et au bas du feuillet : *Codex M. S. | bibliothecae Buherianae. B. 149. MDCCXXVII.*

Ajoutons encore qu'on trouve, après les quatre-vingt-un feuillets numérotés, quatre feuillets blancs sans numéros.

Le manuscrit est protégé par une couverture en parchemin, jaune et flexible, sur laquelle se voient les trous pratiqués pour l'introduction des rubans de fermeture. Au dos de la couverture on lit : *Leonis Novell. gr. anonymi de nudis pactis gr. M. S. B. 149. Leon. Constitutiones gr. A. 250*. Au plat intérieur, il a été collé un carré de papier où sont gravées les armes suivantes : A la croix dentelée d'or chargée en cœur d'une étoile d'argent et cantonnée de quatre paons d'or rouants. Ces armes, il est bon de le noter, ne sont pas celles du président Bouhier.

Si maintenant nous examinons l'intérieur du manuscrit, nous constatons ceci : Le feuillet 40 *verso*, le feuillet 42 *recto* et *verso*, le feuillet 43 *recto* sont restés blancs. Entre les feuillets 36 et 37, deux feuillets ont été coupés. Un autre feuillet a été enlevé entre les feuillets 50 et 51 (1). A quelle époque remonte cette suppression ? On ne sait. Mais comme le numérotage est régulier, il est

idiomate conscriptos. Pour les autres ouvrages de Possevin, on consultera Nicéron, *Mémoires pour servir à l'histoire des hommes illustres*, Paris, 1733, t. XXII, p. 216 à 233.

(1) Ajoutons encore que l'écriture ne paraît pas être toujours de la même main. Il y a eu, semble-t-il, deux copistes, mais, *brevitatis causa*, nous dirons : le copiste.

clair que les trois feuillets dont il vient d'être question étaient déjà détachés, quand après les cahiers assemblés pour la formation du *Codex*, on procéda au numérotage.

En tête du premier feuillet, avant le *proemium* des Novelles de Léon, on a dessiné une vignette en rouge sur fond noir. En tête du second feuillet, nouvelle vignette en rouge. Pour chaque Novelle, l'*inscriptio*, la rubrique et la scholie, ou les deux rubriques, sont également en rouge. Parfois, en effet, on trouve deux rubriques, le plus souvent une rubrique et une scholie. Inscriptions, rubriques et scholies (dites de Zwichem et Meerman) (1) sont généralement telles qu'on les trouve dans l'édition des Novelles de Léon donnée par Zachariae au tome III du *Jus graeco-romanum*. En rouge

(1) Il s'agit des scholies contenues dans l'*Apographum Viglii Zwichei* et dans le *Codex Meermannii III*. Un des mérites de l'édition des Novelles de Spangenberg, *Göttingae*, 1797, est le soin avec lequel on y a enfin tenu compte desdites scholies. Le *Codex* de Zwichem remonte à 1533. Zwichem a raconté (V. le Théophile de Reitz, *Hagae comitis*, 1751, p. 1132, avec force épithètes laudatives à l'adresse d'Érasme, de Bembo, d'Éguatius, comment, étant à Padoue en 1533, on lui communiqua des manuscrits de la *Marciana*. C'est alors qu'il copia, sur le *Venetus*, notamment les Novelles de Léon. Le *Codex Meermannii III* contient à peu près les mêmes textes que l'*Apographum* de V. Zwichem. Dans la préface de son édition du Code de Justinien, Spangenberg explique que, ayant achevé à peu près la préparation de cette édition et songeant à celle des Novelles, il recut un avis qui le consterna. Gérard Meerman avait prêté à Gebauer quatre manuscrits grecs : les *Meermanniani*, I, II, III, et le *Codex Zwichei* (*manuscripta comitabatur veluti bonae frugis mantissa, antiqui Codicis exemplum, manu Viglii Zwichei cum Patavii profiteretur, anno 1533, plurimam partem descriptum*). On avait compté, pour dépouiller les manuscrits, sur un certain Bern. Koehler qui fit faux bond, puis sur Laeder Kulenkampf qui garda les manuscrits pendant plus de trois ans et les rendit brusquement sans y avoir touché, *ut ne quid ex omnibus illis literatis copiis inspectum, collatum, aut consultum videretur*. L'illustre Heyne conseilla alors à Spangenberg de s'adresser à un jeune érudit, A.-Henri Matthias, qui mena le travail à bonne fin et, la collation faite, renvoya les manuscrits à Meerman avant que Spangenberg eût eu le temps de les examiner. Le *Codex Meermannianus III* paraît bien être le *Cod. 184 = Cod. Phillippicus*, 1502, aujourd'hui à Berlin. V. G. Studemund et Leop. Cohn, *Codices ex bibliotheca Meermanniana Phillippici graeci*, Berlin, 1890, 95, p. 39.

aussi est le mot $\delta\iota\alpha\tau\acute{\alpha}\xi\iota\varsigma$ et aussi le mot $\nu\epsilon\alpha\rho\acute{\alpha}$ plus fréquemment employé, surtout vers la fin. En rouge encore la lettre ornée initiale, qui est souvent d'un dessin fort soigné et d'une forme élégante.

Les quatre premières Nouvelles de Léon portent les numéros qu'on leur donne dans toutes les éditions. Arrivé à la Nouvelle V, le copiste se trompe, il écrit $\delta\iota\alpha\tau\acute{\alpha}\xi\iota\varsigma$ ζ' au lieu de $\delta\iota\alpha\tau\acute{\alpha}\xi\iota\varsigma$ ϵ' . En conséquence, les numéros des nouvelles subséquentes sont augmentés d'une unité et cela jusqu'à la Nouvelle 12 qui devient la Nouvelle 13 du *Codex*. On remarquera, en passant, sur la Nouvelle 10 (*nobis* 11), que la rubrique manque. Quant à la scholie de Zwichem et Meerman que donne Zachariae (1), notre copiste l'a écrite en marge du feuillet 9 *recto* à l'encre rouge, mais en oubliant les deux derniers mots : $\tau\omega\acute{\nu}$ $\chi\alpha\tau\alpha\lambda\epsilon\gamma\acute{\epsilon}\nu\tau\omicron\varsigma$. La rubrique de la Nouvelle 12 (*nobis* 13) manque aussi. La Nouvelle sur les emphytéoses perpétuelles porte dans notre *Codex* le même numéro que la Nouvelle précédente : $\pi\epsilon\rho\acute{\iota}$ $\tau\eta\varsigma$ $\tau\omega\acute{\nu}$ $\epsilon\rho\gamma\alpha\sigma\tau\eta\rho\acute{\iota}\omega\nu$ $\chi\rho\epsilon\acute{\iota}\alpha\varsigma$ $\tau\eta\varsigma$ $\mu\epsilon\gamma\acute{\alpha}\lambda\eta\varsigma$ $\epsilon\kappa\kappa\lambda\eta\rho\acute{\iota}\alpha\varsigma$. C'est donc encore une Nouvelle 13 et, par conséquent, le numérotage ordinaire est désormais repris.

On notera que la rubrique $\pi\epsilon\rho\acute{\iota}$ $\tau\omega\acute{\nu}$ $\delta\iota\eta\gamma\epsilon\chi\omega\acute{\nu}$ $\epsilon\mu\phi\upsilon\tau\epsilon\acute{\upsilon}\sigma\epsilon\omega\upsilon$ manque. La rubrique manque aussi pour les Nouvelles 16 et 17. La rubrique de la Nouvelle 18 est en marge. La Nouvelle 21 est numérotée 22 comme la Nouvelle suivante. Elle a comme rubrique et comme scholie la rubrique et la scholie de la Nouvelle 22. Toutefois, une note marginale en noir rectifie la double erreur. La Nouvelle 24 n'a pas de rubrique. La fin de la scholie sur la Nouvelle 31 (2) a été rejetée à la marge, la place manquant au copiste, d'où la vraisemblable conjecture que les scholies en rouge ont été écrites une fois terminée la copie du texte en noir. En écrivant la rubrique de la Nouvelle 33, le

(1) *J. G. R.*, III, p. 82, n. 7.

(2) Cf. *J. G. R.*, III, p. 115, n. 2.

copiste se trompe et écrit γυζζιζζς, mais il se corrige en écrivant au-dessus du mot mal copié le mot véritable : γυζμετὰς. La Novelle 33 n'a pas de rubrique. Sur la Novelle 36 on ne trouve pas la scholie de Zwichem et Meerman (1). La rubrique de la Novelle 40 est incomplètement rapportée. On y lit seulement les mots : περὶ τοῦ μη εἰσκαρμίζεσθαι τοῖς εἰκέτας τῶν ἀδικηθέντων καὶ τῶν κληρονομήσαντων τελευταίωντων. Il est d'ailleurs certain qu'il faut corriger, comme fait Zachariae, κληρονομήσαντων et lire ἀκληρονομήτων (2). La scholie de Zwichem et Meerman sur la Novelle 46 (3) est omise. La scholie sur la Novelle 47 est incomplètement reproduite, il y manque les mots ἀνάγ. τοῦ (4). De la Novelle 48, notre Codex ne donne aucune scholie. Il donne seulement l'*inscriptio*. Le texte même jusqu'aux mots καὶ τοῦτο δὲ n'est pas reproduit. La moitié inférieure de la page 36 v^o est restée blanche. Au feuillet 37 se trouve la fin de la Novelle 48 écrite, semble-t-il, par une autre main. La Novelle 54 est reproduite au feuillet 40, mais seulement jusqu'au mot πνευματι. Le reste de la Novelle manque (5). Le feuillet 40 *verso* est blanc. La fin de la Novelle 56, depuis les mots ἀπολαύειν ὡφελείας manque aussi. Manquent encore les Novelles 57, 58, 59, ainsi que le début de la Novelle 60, jusqu'aux mots : ὅπως δεῖον εἰπερ... (6). Cela tient à ce que le feuillet 47 *verso* et *recto* et le feuillet 43 *recto* sont restés blancs. — Dans le numéro de la Novelle 65, le chiffre des unités est illisible. C'est pourquoi, arrivé à la Novelle 66, le copiste bronche sur le numérotage, et au lieu d'écrire le numéro ξϚ', il reprend le numéro antérieur. On devine le résultat. Pour les Novelles qui vont suivre,

(1) V. *J. G. R.*, de Zach., III, p. 123, n. 2.

(2) *J. G. R.*, III, p. 128, n. 2.

(3) *J. G. R.*, III, p. 138, n. 1.

(4) *J. G. R.*, III, p. 139, n. 1.

(5) C'est-à-dire depuis les mots : ἐπεὶ ὅθεν τῶν... jusqu'à la fin. Cf. *J. G. R.*, III, p. 148.

(6) *J. G. R.*, III, p. 151, *in fine*.

tous les numéros, si l'on veut retrouver le numérotage véritable, doivent être augmentés d'une unité.

Dans la Novelle 68 (*vulgo* 69), notre Code donne comme rubrique : περὶ τοῦ διατίθεσθαι τυφλοὺς καὶ ἀγραμμάτους καὶ γυναῖκας, tandis que Zachariae (1) donne la rubrique de l'*Ecloga nov. Leonis* : περὶ τοῦ διατίθεσθαι τυφλοῖς καὶ ἀγραμμάτοις καὶ γυναῖξιν. C'est également à l'*Ecloga nov. Leonis* que Zachariae (2) emprunte la rubrique qu'il attribue à la Novelle 69 (*vulgo* 70). Dans notre manuscrit, la rubrique est simplement περὶ ἐφόδων. De la scholie de Zwichem et Meerman, reproduite dans Zachariae, sur la Novelle 92 (*vulgo* 93) (3), on trouve seulement dans notre *Codex* les mots : ἐν τούτῳ πρώτον. Point de rubrique à la Novelle 97 (*vulgo* 98). La Novelle 100 (*vulgo* 101) paraît jointe par les mots καὶ αὕτη à la Novelle précédente. Ces mots ont été ajoutés en marge, à droite, au-dessus de la ligne contenant la rubrique. On retrouve les mots καὶ αὕτη à la suite des rubriques dans les Novelles 101 (*vulgo* 102), 102 (*vulgo* 103), 109 (*vulgo* 110), 110 (*vulgo* 111), 111 (*vulgo* 113). Ils sont écrits avant la rubrique pour la Novelle 103 (*vulgo* 104). La scholie de Zwichem et Meerman renvoie au chapitre 12 des Basiliques, XXVIII, 12, et non, comme porte le texte de Zachariae (4), au chapitre 3. La rubrique de la Novelle 107 (*vulgo* 108), est donnée inexactement comme il suit : περὶ τοῦ μετὰ τὴν πρώτην δῆλωσιν μὴ πρὸς τὸ κριτήριον ἀπαντήσαντος. À la fin du texte, on lit une autre rubrique, en noir, et qu'on est tenté de confondre tout d'abord dans le texte : ὑπὲρ τοῦ (5) μὴ ἀπαντήσαντας λογισασθαι, τοῦτο δὲ ἔστιν, περὶ τούτῳ (6) μνησθέντας τρίτον καὶ μὴ

(1) *J. G. R.*, III, p. 166.

(2) *Op. cit.*, p. 167.

(3) *Op. cit.*, p. 189, n. 2.

(4) *Op. cit.*, p. 207, n. 2.

(5) Supp. τοῦς.

(6) Lege : τοῦ τοῦς.

ἀπαντήσαντας εἰς κριτήριον εὐθύνεσθαι καὶ κατὰ κρίνεσθαι. Il est visible que cette rubrique est une reproduction altérée de celle de l'*Ecloga* donnée par Zachariae (1). La rubrique de la Novelle 109 (*vulgo* 109) est écourtée, elle se compose de la simple phrase : περὶ τοῦ μὴ μνησθεῖαν συνίστασθαι ἔνδον τῶν ἐπὶ τὰ ἐξῶν. Mais à la fin du texte on trouve, en noir, la rubrique complète, τοῦτο ἔλκον περὶ τοῦ μὴ γίνεσθαι κ. τ. λ., avec, toutefois, δεκαετούς au lieu de τεσσαρεσκαίδεκαετούς, qui est la correction imposée par le texte même de la Novelle. Enfin, la scholie de Zwichem et Meerman sur la Novelle 112 (*vulgo* 113) est telle que l'a donnée Zachariae (2), sauf les mots évidemment fautifs : εἰς δὲ ἐξώστων δέξα qu'il faut lire : εἰς δὲ ἐξώστην δέξα.

Le texte qui suit la Novelle 112 (*vulgo* 113) est précisément la *Meditatio de nudis pactis*. Il commence à la troisième ligne du feuillet 74 *verso*. En marge, le président Bouhier a écrit : *Anonymi exercitatio de nudis contractibus seu pactis*, et une main qui n'est ni celle de Bouhier, ni celle de l'auteur du manuscrit, a ajouté les deux mots : ταῦτα ἀνέχδοτα. En comparant l'écriture inconnue avec celle d'Antoine Augustin, peut-être reconnaîtrait-on que l'annotation est de l'illustre archevêque de Tarragone. En tout cas, il est évident que les deux mots grecs ont été écrits avant 1596, époque de la publication de la *Meditatio* dans le *Jus graeco romanum* de Leunclavius et après 1558, époque de la publication des *Novelles de Léon* par Scrimger (3). Quand le président

(1) *J. G. R.*, III, p. 209, n. 1.

(2) *J. G. R.*, III, p. 219, n. 1.

(3) L'ouvrage (devenu très rare) de Scrimger, magnifiquement édité à Genève par H. Étienne, comprend : une épître dédicatoire à Fugger, une préface au lecteur, la table des *Novelles de Justinien*, la table des *Édits de Justinien*, les *Novelles de Justinien*, les *Édits*, cinq constitutions de Justin, les 113 *Novelles de Léon*, p. 429-508, la constitution de Zénon περὶ κατενομομένων, la *Novelle de Tibère De divinis domibus*, les *Castigationes* d'Étienne sur les *Novelles de Léon*, une table des *Novelles de Justin et de Léon*. — L'édition est faite, non d'après le *Codex Marcianus*, 179, mais

Bouhier devint propriétaire du manuscrit en 1727, il y avait longtemps que Marquardt Freher avait fait connaître la *Meditatio*. Et c'est pourquoi Bouhier éprouva le besoin de rectifier la petite note grecque, et il écrivit à la suite : *Imo edita fuit haec μελέτη a Joah. Leunclaw. cum latina versione juris graeco romani, tome II, p. 192, ex Franc. Pithou Codice.*

Il semble bien que les copistes du *Venetus* et du *Montispezzulanus* ont pris la *Meditatio de nudis pactis* pour une dernière Novelle de Léon. A la vérité, on ne trouve plus employé ni le mot διερρέξις, ni le mot νεαρά, mais, comme pour les Novelles de Léon, le copiste du *Codex Montispezzulanus* a mis en rouge la rubrique et la lettre initiale, il a donné à la *Meditatio* le numéro 113 (1), et une fois la *Meditatio* copiée en entier, il a écrit la *suscriptio* : τέλος τῶν διερρωτικῶν τῶν νόμων ἀνακαθάψεων, c'est-à-dire, fin des *leges correctoriae* de Léon. Le copiste du *Codex Venetus* a procédé de même, si ce n'est qu'il a hésité sur le numéro à donner à la *Meditatio*. Il a écrit d'abord ρβ', puis s'apercevant que ce numéro était déjà celui de la Novelle précédente, il a ajouté le chiffre 3 sans penser à effacer le chiffre 2, en sorte qu'on lit sur le *Venetus* comme rubrique : μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων ρβ' γ', et à la fin du texte, la même souscription que dans le *Codex* de Montpellier : τέλος..... τῶν νόμων ἀνακαθάρσεων.

Il faut convenir que la méprise est un peu forte, mais le scribe du *Codex Venetus* est plus coupable que celui du *Codex Montispezzulanus*. Celui-ci copie celui-là. Ce qu'on peut reprocher au scribe du *Codex* de Montpellier, c'est d'avoir copié avec trop de scrupules, et sans se croire autorisé à rien corriger. Quant au copiste du *Venetus*, peut-être pouvait-il s'excuser sur une erreur

d'après le *Codex Palatinus* (*Vaticanus*), 387, copie du *Codex Marcianus* laquelle était alors à Heidelberg.

(1) Feuille 81 v° : ρ γ'.

semblable commise dans l'archétype utilisé par lui. Peut-être aussi, pénétré de l'idée déjà traditionnelle au xiii^e siècle que le recueil des Novelles de Léon contenait 443 Novelles, a-t-il voulu, à tout prix, retrouver le compte. Or, l'erreur commise dans le numérotage de la Novelle 66 avait eu, comme on l'a déjà expliqué, pour conséquence de donner à la dernière Novelle de Léon le numéro 442. Pour avoir les 443 Novelles, il ne restait au *librarius* d'autre ressource que d'englober la Méditation sur les pactes nus dans les *leges correctoriae* de Léon.

Le manuscrit de Montpellier est une copie fragmentaire du *Codex Venetus*. L'erreur commune de numérotage sur la Novelle 66 ne laisse aucun doute sur ce point, non plus que l'étude comparative du texte dans les deux *Codices*. On a déjà dit que le président Bouhier devint, en 1727, propriétaire du manuscrit de Montpellier. De qui Bouhier le tenait-il? Quelle est la série des propriétaires antérieurs? On ne sait. Si l'on parvenait à connaître le personnage dont le blason est reproduit au plat intérieur, on pourrait peut-être éclaircir le mystère des origines de notre manuscrit. En l'état, rien n'empêche de croire, avec Mortreuil (1), que le premier propriétaire fut Antoine Augustin. C'est lui qui aurait fait prendre copie sur le *Codex Venetus* des Novelles de Léon et de la Méditation sur les pactes nus et noté que celle-ci était encore inédite. L'index de la bibliothèque d'Antoine Augustin porte, en effet, mention d'un volume contenant les Novelles de Léon et un traité sur les conventions légitimes (ou nues) (2). On lit dans le catalogue,

1 *Op. cit.*, II, p. 343.

2, *Ca. Mantissa conventionum historiam novellarum constitutionum Leonis Sapientis.... illustrantium*, par C. F. Zepernick, p. 325, dans l'ouvrage de C. A. Beck, *De novellis Leonis*, Halle, 1779, p. 325. Ce catalogue in-4^e fut imprimé en 1586 à Tarragone, chez Philippe Mey : *Fernae memoriae viri Ant. Augustini archiepiscopi Tarraconensi*

sous le numéro 185, la note suivante : *Leonis imperatoris Constitutiones novellae correctoriae legum purgationes appellatae CXII et de legitimis sive apertis conventionibus. — Constantinopolit. ecclesiae metropoles et episcopatus subjecti. — Fragmentum in charta litteris recentib. forma grandiori folii.* Si l'on admet que la *Dispositio thronorum* a été enlevée ou que le cahier qui la reproduisait a été perdu, on a la description d'un manuscrit dont le contenu et l'âge correspondent au contenu et à l'âge du manuscrit de Montpellier. Il est d'ailleurs hors de doute que le manuscrit d'Augustin était une copie du *Codex Marcianus*, gr. 479. Les lettres du prélat nous apprennent que deux copistes — dont l'un, Arlenius Peraxyle, était fort érudit, — lui firent des copies fragmentaires du manuscrit vénitien. La lettre à Mendoza de 1544 (1) signale, au nombre des textes copiés, la Constitution de Zénon à Adamantius, *De aedificiis privatis*, les treize édits de Justinien et quelques Nouvelles de Justin le Jeune et de Tibère. Il est légitime de croire que la curiosité d'Augustin ne s'en tint pas là et que l'illustre prélat fit plus tard copier, par ses copistes habituels, la partie du *Codex Marcianus* qui comprenait les Nouvelles de Léon et la Méditation sur les pactes nus. Pourquoi ne pas admettre que cette nouvelle copie fut précisément le *Codex* n° 185 du catalogue précité, devenu plus tard et après retranchement de la *Dispositio thronorum*, le *Codex Montispezzulanus*, II, 73?

La *Meditatio* a été déjà publiée, mais une seule fois,

Bibliothecae graeca manuscripta, latina manuscripta, etc.... Il fut réimprimé dans les *Oeuvres complètes* d'Antoine Augustin, publiées à Lueques, en 1772, t. VII, p. 29 sqq. — Du catalogue de 1586 devenu très rare, G. C. Gebauer lit un extrait, souvent cité, des manuscrits intéressant le droit : *Mantissa de libro rarissimo : bibliotheca Ant. Augustini Tarracon. antistitis*, qu'on trouve à la suite de la *Narratio de Henrico Brenckmanno* du même auteur, parue à Göttingue, 1764.

(1) Citée par Biener, *op. cit.*, p. 552 et 564.

en 1596, dans le *Jus graeco-romanum* de Leunclavius. Marquardt Freher, qui a fait paraître, trois ans après la mort de Loewenklaue, l'édition du *Jus graeco-romanum* (1), ne nous a pas dit comment on s'était procuré le texte. Toutefois, un point est certain : il suffit, en effet, de comparer le texte de Leunclavius et celui de Venise pour acquérir la certitude que le premier texte vient directement du second. Cependant Loewenklaue ne cite pas le *Codex Venetus*. Dans une note marginale, placée en tête de la *Meditatio*, il se borne à avertir que son texte vient de la bibliothèque de François Pithou : *ex Francisci Pithoei bibliotheca*. Dès lors, le problème nous apparaît double et se précise ainsi : — Quand F. Pithou avait-il pris ou fait prendre copie du *Venetus*? — Comment Loewenklaue avait-il eu communication de cette pièce? Les moyens de recherches nous manquent pour donner à ces deux questions une réponse détaillée et définitive. Bornons-nous à remarquer ceci : Loewenklaue a plus d'une fois utilisé la bibliothèque de François Pithou. Dans les *Novellae Constitutiones imperatorum decem* publiées à Bâle en 1575 à la suite de sa *Synopsis* (2), Leunclavius écrivait déjà à Thomas Rehdiger :

(1) *Juris Graeco-Romani tam canonici quam civilis tomus duo Johannis Leunclavii Amelburni, v. cl., studio ex variis Europae Asiaeque bibliothecis eruti, latineque redditi, nunc primum editi cura Marquardi Freheri J. C. cum ejusdem auctario chronologia juris ab excessu Justiniani ad amissam Constantinopolim et praefatione ad imp. Cæs. Rudolphum II. P. R. P. P. A. Opus non solum Juris utriusque consultis, sed omnino divinarum humanarumque rerum studiosis; et tam Ecclesiasticae quam Politicae antiquitatis amatoribus, ob multiplicem utilitatem summe expetendum, cum gratia ex privilegio S. Cæs. Majest. ad decennium, Francofurti, impensis heredum Petri Fischeri, DXCVI.*

(2) *LX librorum περὶ τῶν νόμων id est universi juris romani auctoritate principum Rom. Graecam in linguam traducti Ecloga sive synopsis hactenus desiderata nunc edita per Johan. Leunclavium ex Johan. Sambuci V. C. bibliotheca. Item novellarum antehac non publicarum liber. Adjunctae sunt et adnotationes interpretis quibus multae leges multaue loca juris civilis restituuntur et emendantur. Basileae, per Eusebium Episcopium et Nicolai Fr. heredes MDLXXV.*

« Has ergo novellas opera mea collectas partim ex libro quodam Sambuci nostri V. C. (1) et optimi de nobis omnibus merentis, partim ex pervetusto Codice Francisci Pithoei, tam historiarum quam juris civilis cognitione praestantis viri, partim etiam de qualiquali meae bibliothecae thesauro... cur ad te, mi Redingere, mittere voluerim, causas certas et justas habeo ».

La preuve est donc faite que Leunclavius a eu, au moins deux fois, en mains, des manuscrits de F. Pithou.

C'est au cours de ses voyages que F. Pithou avait eu l'occasion de se procurer et les deux *Codices* dont il vient d'être question et la plupart des beaux manuscrits que contenait sa célèbre bibliothèque (2). De bonne heure, en effet, probablement à l'époque de la Saint-Barthélemy, F. Pithou avait, fuyant les guerres de religion, abandonné la France (3). Il n'y rentrera qu'en 1578 pour se convertir au catholicisme. Depuis 1576, il visite l'Allemagne, l'Italie, la Suisse. Amateur passionné de livres (4), on devine avec quelle docte joie il avait à Venise (5), pro-

(1) Jean Sambuc (1531-1584), historiographe de la maison de Habsbourg, fut aussi un grand acheteur de manuscrits.

(2) Sur F. Pithou, cf. Grosley, *Vie de Pierre Pithou avec quelques mémoires sur son père et ses frères*, Paris, 1756, II, p. 106 sq.

(3) F. Pithou était né à Troyes, le 7 septembre 1543; il y mourut le 25 janvier 1621, âgé de soixante-dix-sept ans, quatre mois et dix-sept jours. Par son testament, F. Pithou ordonna de transformer sa maison de Troyes en un collège « sans que les Jésuites y soient aucunement reçus », et légua audit collège sa bibliothèque qu'une partie des livres et manuscrits de Pierre Pithou avait encore enrichie. Mais à la mort de F. Pithou, son neveu reçut en legs des « bahuts » remplis de livres; en outre, un commissaire du Roy, Pierre Dupuy, sous prétexte qu'il pouvait être resté aux mains de F. Pithou quelques-uns des titres qu'il avait tirés de la Chambre des comptes ou du Trésor des Chartes, mit les scellés sur les livres et emporta ce qu'il voulut; enfin, le reste fut très mal gardé par les Pères de l'Oratoire chargés de la direction du collège établi suivant la volonté de Pithou. Il ne faut donc pas s'étonner si Grosley, quand il dressa son catalogue (*op. cit.*, t. II, p. 275 sqq.), n'y trouva plus ni les manuscrits cités par Leunclavius, ni bien d'autres, par exemple, le célèbre manuscrit de Phèdre.

(4) On lit dans les *Scaligerana*: Messieurs Pithou sentent les bons livres de loin comme les chats une souris.

(5) En laissant la France, F. Pithou était allé d'abord à Heidelberg, puis

bablement guidé par son ami le sénateur Vincenzo Pinelli (1), examiné la collection donnée par Bessarion à la ville des doges. C'est alors, sans doute, qu'il prit ou fit prendre, sur le *Code Venetus*, la copie dont s'est servi Leunclavius. Dire à quelle époque cette copie fut communiquée à Leunclave, c'est assez difficile. Il faudrait connaître les détails de la vie de Leunclave; or, ces détails sont mal connus, et Nicéron, ordinairement bien informé, avoue qu'il les ignore (2). On sait que Loewenklau naquit en 1533 à Amelburen, en Westphalie, *fuit westphalus, sed non barbarus*, écrivait Scaliger (3). Il professa au *Paedagogium* d'Heidelberg de 1562 à 1565, parcourut une partie de l'Europe, séjourna en Turquie, voyagea en Orient et mourut à Vienne en 1593, laissant à son ami Marquardt Freher le soin de publier son dernier ouvrage, le *Jus graeco-romanum* qui parut, en effet, en 1596 (4). Un des protecteurs de Leunclavius, le baron Lazare Swend, l'avait envoyé pendant deux ans à la cour d'Emmanuel Philibert, duc de Savoie. Peut-être est-ce à Turin que Leunclavius et F. Pithou se rencontrèrent, et que celui-ci fit à celui-là communication des manuscrits mentionnés plus haut.

à Augsbourg, puis en Italie et notamment à Venise, puis à Bâle, où il publia en 1576 son édition de l'*Epitome novellarum* de Julien. Cf. Grosley, *op. cit.*, p. 108 et Haag, *La France protestante*, Paris, 1858, v^e PITHOU.

(1) Parlant des découvertes que ses voyages lui avaient procurées, F. Pithou, dans la préface de l'*Epitome* disait : *Quantulumcumque est quod in eo praestiti, hoc me acceptum referre par est viris amplissimis et ornatissimis, quorum benignitate ad librorum sacraria Venetiis et Augustae Vendelicorum mihi patuit aditus.*

(2) V. *Op. cit.*, XXVI, p. 295 sqq. Même pénurie d'indications biographiques dans Fabricius, *Bibliotheca Graeca*, Hambourg, 1724, XII, p. 487 sqq.; XIII (1726), p. 808 sqq., et aussi dans Stinzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München, 1880, p. 239, 443.

(3) Cité par Otto, *Trésor*, III, p. 56.

(4) V. *suprà*, p. 153, n. 1. Marquard Freher naquit à Augsbourg, le 25 juillet 1565 et mourut le 13 mai 1614 à Heidelberg. Pendant son troisième professorat à Bourges, Cujas, de 1584-1587, le compta parmi ses élèves. Cf. Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain suivie d'une histoire de Cujas*, Paris, 1821, p. 578 et s.

Leunclavius a joint au texte de la *Meditatio* une traduction latine. Nous joignons au texte grec une traduction française. Est-il besoin de dire pourquoi? Les traductions latines servent peu. Celui qui ignore le grec ne se fait pas beaucoup de scrupules de comprendre mal le latin. En outre, aux endroits où le texte grec embarrasse, la traduction latine apporte un maigre secours. La phrase latine s'étend alors comme un voile opaque sur la pensée grecque subtile et nuancée. Une traduction française, au contraire, ne peut être obscure. Nous avons d'ailleurs fait effort pour que la nôtre fût fidèle et aussi proche que possible, par le tour et par l'expression, du texte original.

Observons encore que la *Meditatio de nudis pactis* se présente dans les manuscrits et dans le *Jus graeco-romanum* de Leunclavius sans division d'aucune sorte. C'est un bloc d'environ cinq cent cinquante lignes. Pour faciliter les recherches et les citations, nous avons jugé nécessaire de diviser d'abord le texte en une préface et huit titres, et ensuite d'introduire dans le *proemium* et dans chaque titre une division en paragraphes. On trouvera sans doute beaucoup d'arbitraire dans ces divisions successives, mais on ne contestera pas qu'elles ont l'avantage d'alléger la tâche de l'exégète et d'épargner le temps du lecteur.

Il n'est pas non plus inutile d'observer que nous avons indifféremment traduit *συνφωνεν* par pacte et par convention. On a quelquefois voulu établir une différence profonde entre le pacte et la convention en s'appuyant sur la rubrique de l'édit prétorien : *de pactis et conventis* (1). M. C. Manenti notamment, dans une longue

(1) Ou peut-être : *De pactis et conventionibus*. Pour la rubrique : *De pactis et conventis*, V. Manenti, *Studi Senesi*, VII (1890), p. 176 sqq.; VIII (1891), p. 1 sqq. Pour la rubrique : *De pactis et conventionibus*, V. Crusius, *Dissertatio ex Ulpiani libro IV ad Edictum de pactis et Conventionibus*, dans le Trésor d'Otton, Utrecht, 1733, I, p. 672^v-672^r; Lenel, *Das Edictum perpetuum*², Leipzig, 1907, p. 64, n. 5; Girard,

étude parue sous le titre : *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, dans les *Studi Senesi* (1) de 1890 et 1891, a soutenu ceci : Le *pactum*, encore à l'époque classique, était un accord ayant pour objet exclusif de réduire ou de supprimer une action réelle ou personnelle, de prévenir ou d'arrêter un procès; le pacte ne produisait jamais d'action, sauf et pour des motifs spéciaux le pacte d'hypothèque. C'est donc une erreur de dire que le *constitutum debiti* est un pacte; c'est aussi une erreur de le placer dans la catégorie des *pacta praetoria*, laquelle est d'ailleurs une création arbitraire des interprètes (2). Au contraire, la *conventio* produisait une action, quand elle avait une *causa*. A défaut de *causa*, elle ne produisait ni action, ni exception.

Nous inclinons à croire que les thèses de M. Manenti ne sont pas fondées; mais, fondées ou non, il n'importe ici, car M. Manenti a lui-même reconnu que, tout au moins après l'époque classique, les deux mots *pactum* et *conventio* sont pris l'un pour l'autre (3). Aux Basili-

*Textes*⁴, p. 140. La rubrique : *De pactis et conventis* nous paraît la plus probable: c'est celle que donne la *Lex Romana Visigothorum*. L'argument qu'on tire en faveur d'une rubrique *De pactis et conventionibus* de la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, IV, 3, est détruit par VII, 6 du même ouvrage. On comprend d'ailleurs très bien que Paul ait substitué, S. R., IV, 3, le mot *conventio* au mot *conventum*, de même qu'Ulpien, L. 1, pr., D., 11, 14, a substitué le mot *pactio* au mot *pactum*. La *conventio*, la *pactio* sont les actes consensuels d'où naissent le *conventum* et le *pactum*. D'ailleurs, on ne voit pas pourquoi le préteur, conservant dans la rubrique de l'Édit le mot *pactum*, ce que tout le monde admet, aurait rompu la symétrie des expressions en employant aussitôt après le mot *conventio*. Cf. Cicéron, *Pro Caelina*, 18, 5; *Ad Atticum epist.*, V, 3; Juvenal, *Sat.*, IV, 25; Sénèque, *De beneficiis*, III, 1, 15.

(1) V. *Studi Senesi nel circolo giuridico della Reale Università*, VII, p. 107 et sqq.

(2) *Studi Senesi*, VIII, p. 29 : È grave errore il dire, come si fa generalmente da tutti, che il *constitutum debiti* è un *pactum*, e il porlo nella categoria, pur essa creazione arbitraria degli interpreti, dei *pacta praetoria*. Ed, in verità, nè nel titolo del Digesto, nè in quello del Codice, nei quali si parla de questo istituto, D., XIII, 5, C. J., IV, 18, si accenna pur una volta alla possibilità di considerare il *constitutum* come un *pactum*.

(3) *Studi Senesi*, VIII, p. 186.

ques. leur synonymie est prouvée par la rubrique du livre XI, tit. I, consacré aux pactes, rubrique qui est, comme on sait, la suivante : περί πάκτων ἤτοι συμφώνων (1).

Quant aux abréviations employées, elles s'expliquent d'elles-mêmes. Il va de soi que V et M indiquent les *Codices* de Venise et de Montpellier, que L désigne le texte de Leinclavius et B ou Bas. celui des Basiliques d'après l'édition de Charles-Guillaume-Ernest Heimbach. Nous avons relevé toutes les variantes des manuscrits et des textes, même celles qui paraissent n'offrir, en l'abord, aucune espèce d'intérêt. Il nous a paru que c'était le cas d'appliquer la belle maxime qu'on lit dans une lettre de Manuel Chrysoloras à Coluccio Salutati (2) : Μιχρὰ μὲν οὐδὲ ταῦτα, οὐδὲν γὰρ ἀπὸ τῆς τέχνης φαῦλον.

II

TEXTE ET TRADUCTION

ΜΕΛΕΤΗ ΠΕΡΙ ΨΙΛΩΝ
ΣΥΜΦΩΝΩΝ

MÉDITATION
SUR LES PACTES NUS

Préface.

<p>(a-b) Εἰ μὲν δι' ἕρην τινὰ καὶ δυσμένειαν, ἢ καὶ φιλοτιμίαν, ἢ καὶ ἄλλαν αἰτίαν οὐκ εὐπρεπῆ, ἢ καὶ ὡς μεμισθωμένος τινὶ πρὸς τὴν παροῦσαν προσῆγμαι γραφὴν, ὧ φίλοι συνδικασταί, οὐδὲ μακρο-</p>	<p>Si j'avais été poussé à la rédaction du présent écrit par quelque rivalité et mal- veillance, ou par ambition, ou par toute autre cause peu honorable, ou encore comme</p>
---	---

(1) V. Heimbach, l. p. 553. Cf. Rotondi, étude sur la *Natura contractus* dans le *Bullettino dell' Istituto di diritto Romano*, XXIV (1911), p. 62.

(2) Cette lettre est citée par P. de Nohlac : *Bibliothèque de Fulvio Orsini, Contribution à l'histoire des collections d'Italie et à l'étude de la Renaissance*, Paris, 1887, p. 145.

(a) V., 62 r^o.

(b) M., 74 v^o.

τέρας ἂν ἴσως ἠπόρουν (1) συγγραφῆς, καὶ τοῦ τὸν (2) λόγον ἐπεκτείνειν εἰς μέγεθος κομψείας λέξεως, καὶ συστροφῇ νοημάτων, καὶ παραινθήκαις, καὶ παρεκβάσεσιν.

§ 1. — Ἐπεὶ δὲ οὐδὲν με τοιοῦτον ἔχειν ἐπιστεύσατε (3), ἴστε δὲ τοῦτο καὶ ὑμεῖς καταλαμβάνεσθαι (4), εἴγε καὶ βούλεσθε, αἱ μὲν γὰρ ἄλλαι τῶν αἰτιῶν πόρρω τῶν σεμνῶς καὶ θεοφιλῶς ζῆν ἡρημένων· τὸ δὲ φιλότιμον ἢ στενωσις καταλέλυκε τῶν καιρῶν, μόνου δὲ δικαίου ζήλος πρὸς τὸ ἐγχείρημα συνεκίνησε, καὶ τὸ βούλεσθαι με διδάξει τοὺς ἀγνοῦντας (5) τὴν περὶ τῶν πάχτων διαίρεσιν.

§ 2. — Διὰ βραχέων ὡς οἶόν τε τὰ τοῦ σκοποῦ ἐκλήσσομαι, οὐκ ἐμὸν τι προφέρων διδασκάλιον, οὐδὲ (6) ἐρμενείαν παρεισάγων διατάξῃσι (7) καὶ ῥήσεσι νομικαῖς,

étant aux gages de quelqu'un, je n'aurais pas sans doute manqué, ô juges mes chers collègues, de faire un écrit plus étendu, et d'allonger le discours tant par les ornements du style et l'accumulation des idées que par des parenthèses et des digressions.

§ 1. — Mais puisque vous avez confiance qu'il n'en est pas ainsi pour moi, et, cela, vous savez le reconnaître vous-mêmes, si vous le voulez, car, d'une part, les autres motifs sont loin de la pensée de ceux qui ont choisi de vivre honnêtement et dans l'amour de Dieu; et, d'autre part, la misère des temps a mis fin à l'ambition : seul le zèle du droit nous a mû vers cette entreprise, et aussi la volonté d'apprendre à ceux qui l'ignorent la division des pactes;

§ 2. — Aussi brièvement que possible j'exposerai quel est son but, ne produisant pas une doctrine à moi, n'apportant pas dans les consti-

(1) Ita L. — Codd., V., M. : ἠπόρη.

(2) M. : τοῦτον.

(3) Ita L. — V., M. : πιστεύσατε.

(4) Ita L. — V., M. : καταλαμβάνεται.

(5) Ita L. — Codd., V., M. : ἀγνοούντας.

(6) Sic L. — V., M. : οὐδ'.

(7) Ita L. — V. : διατάξεως. M. : διατάξεις.

διανοίας ἀνίπλασμα, οὐκ οἶδ' ἵστινοσούν (1) καὶ εἰπεῖν γρή· ἀλλὰ ταῖς τοῦ μεγίστου καὶ διασημοτάτου διδασκάλου καὶ νομοθέτου Στεφάνου μεθόδοις κατακολουθῶν, καὶ νομοθεσίαις.

tutions et dans les termes de la loi une interprétation, produit d'une imagination que je ne sais comment qualifier, mais suivant les méthodes et les règles du très grand et très illustre maître et jurisconsulte Stéphane.

Titre I.

Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινός ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶν ἰδικῶς περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων καὶ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσεληφότα.

Καὶ (2) διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ φιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγή, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγή, ἅτινα καὶ λεγί- τίμοι κομβεντίονες ἐπικέκλην- ται (3).

Parmi les pactes privés, il en est de spécialement confirmés par une loi ou un sénatus-consulte, qui engendrent ou suppriment des actions. Ces pactes tirent leur force et leur énergie des lois et constitutions rendues spécialement à leur sujet.

Et c'est pourquoi, quelquefois aussi, d'un pacte nu une action naît ou une action s'éteint *ipso jure*. Ces pactes s'appellent aussi conventions légitimes.

§ 1. — Τίνα δὲ ταῦτά εἰσιν, αὐτοὶ τούτων δηλοῦσιν οἱ θεματισμοί.

§ 1. — Quels sont ces pactes? On le verra par les espèces mêmes.

§ 2 (4). — Ἐάν γάρ τις, φησί, τραδιτεύωιν (α) ἄγρον εἴπη· τραδί- τεύω σοι τὸν ἄγρον, ἵνα ἐγὼ ἔχω τοῦτου τὸν οὐσουφροῦκτον (β) ἢ

§ 2. — Si quelqu'un, dit-il, en faisant tradition d'un champ, prononce ces paroles : je te livre le champ,

(a) V., 62 v°.

(b) M., 75 r°.

(1) M. : ἵστινοσός οὖν.

(2) Bas., I, p. 557. Stéphane : καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε ἀπὸ φιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγή καὶ λύεται κατὰ τὸ ἴψο ἰούρε ἀγωγή..... Cf. Bas., XI, 1, 6.

(3) Ita L. — V., M. : ἐπικέκληνται.

(4) Bas., I, p. 557. Stéphane : ἐάν τις τραδιτεύωιν ἄγρον οὕτως εἴπη.

τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, ἢ τὴν παροδὸν· ἐπειδὴ ταύτην τὴν συμβεβηκέναι ἴδιος νόμος κυροῖ, λέγων ἐβρόσθαι τὰ ἐν τῇ τραδιτίῳ σύμφωνα, δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκ τοῦ τοιούτου συμφώνου ἐκδικεῖν τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, καὶ ψιλὸν πῶς εἶναι δοκεῖ (1).

§ 3 (2). — Καὶ ὅτε ἐπαγγέλλομαι προικίζειν τινὰ, καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήσῃ λαμβάνειν τόκους (3), ὥσπερ οὖν καὶ το ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ γενόμενον σύμφωνα, καὶ σιωπηρὸν ἢ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον καὶ αὐτὴ τὸν ἐξ λέγε κονδικτίκιον.

§ 3 a. — Εἰσὶ δὲ καὶ ἕτερα τὰ λύνοντα δηλῶδῃ κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγὴν, οἷον τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τῆς *Furti* (4) καὶ τῆς *Injuriarum*.

pourvu que j'en aie l'usufruit; c'est-à-dire la jouissance des fruits, ou que j'aie un droit de passage; puisque une loi spéciale confirme une telle convention, c'est-à-dire le pacte, en disant que les pactes valent qui sont joints à une tradition; celui qui a livré peut, en vertu d'un tel pacte, revendiquer l'usage des fruits, bien que le pacte paraisse être, en quelque sorte, un pacte nu.

§ 3. — De même, lorsque j'ai promis de doter une personne, et quand une ville ayant consenti un prêt conviendra de retirer des intérêts. Et pareillement le pacte fait *de pignore*, même tacitement, engendre l'action Servienne. Bien plus, la donation par pacte nu, engendre, elle aussi aujourd'hui, la *condictio ex lege*.

§ 3 a. — Il y a aussi d'autres pactes, qui ceux-là éteignent l'action *ipso jure*, tels le pacte faisant remise de l'action *furti* et le pacte faisant remise de l'action d'injures.

τραδιτεύω..... σύσσυφροδοκτον, τὴν χρῆσιν..... ἴδικως..... ἐν τῇ τραδιτίῳ γενόμενα σύμφωνα, δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκδικεῖν τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν.

(1) Sic L. — V., M.: δοκεῖ.

(2) Bas., I, p. 557. Stéphane: καὶ ὅταν ἐπαγγέλλομαι..... λαμβάνειν τόκους.

(3) Bas., I, p. 557. Stéphane: ὥστε οὖν καὶ τὸ..... ἔχει τίκτειν ἀγωγὴν, τοῦτοστι τὴν Σερβιανήν, ὡς ὁ Παύλος. ἐν τῷ εἰς' ἐξ. φησὶν. οἶδα δὲ, ὅτι καὶ ἡ δωρεὰ, καὶ αὐτὴ ἀπὸ ψιλοῦ..... κονδικτίκιον.

(4) M.: φόρτικος.

§ 4. — Καὶ ταῦτα γὰρ τῆς λεγιτίμας κομβεντίονος, καὶ ὑπὸ ἰδικῶν νόμων κυρούμενα.

§ 4. — Et, en effet, ce sont là des pactes rentrant dans les conventions légitimes et confirmées par des lois spéciales.

Titre II.

Τὰ δὲ ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας· οἷον πράσεως, μισθώσεως, κοινωνίας, χρήσεως, παρακαταθήκης, ἅτινα τῆς ἰουριγεντίας εἰςὶ κομβεντίονες (1).

Il y a aussi des pactes qui ont une appellation propre, comme la vente, le louage, la société, le prêt à usage, le dépôt, qui sont des conventions du droit des gens.

§ 1. — Ἦνωται τούτοις καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα· ἥνικα προηγέσεται δόσις ἢ ποιήσις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει (2). εὐλόγου (3) ταῖς συναρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί.

§ 1. — Il faut y joindre encore les pactes qui n'ont pas de nom, mais qu'on désigne par le nom général de contrat : quand une dation ou un fait a d'abord eu lieu en vue d'une dation ou d'un fait, une *justa causa* existant pour les consentants : de tels pactes engendrent les actions qui conviennent.

§ 2. — Τὰ δὲ ἀπὸ τῆς ἰουριγεντίας μὲν κατάγονται κομβεντίονος, οὔτε δὲ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ πρωτοτύπου ἴστανται γένους. εἰςὶ δὲ ταῦτα τὰ λεγόμενα νοῖδα εἰτ' οὖν (4) ψιλὰ. νοῦδον γὰρ ἔστι (5) ψιλὸν ἐστὶ σύμφωνον, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος

§ 2. — Mais viennent aussi d'une convention du droit des gens d'autres pactes qui ne tombent pas sous une appellation spéciale de contrat, qui ne sont pas non plus du modèle général : ce sont les pactes qu'on appelle nus, c'est-à-dire ψιλὰ. Car le pacte

(1) V., M. : κομβεντίονος.

(2) Bas., I, p. 560 : Εὐλόγου..... αἰτίας. Cf. p. suiv., note 1.

(3) V., M. : εὐλόγον.

(4) Ita V., M. — L. : ἔτ' οὖν. Videsis, III, pr. Cf. Bas., I, p. 559.

(5) Ita V., M. — L. : ἔστι.

κυρούμενον ἰδιωτῶς (1), τὸ μὴ εἰς ἰδιὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος (2), τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἰσχύμενον, ἡγήσαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει. τοῦτο ἐστὶν νοῦδον πάχτον.

§ 3. — Πάλιν οὖν ὑποδιαίρεται καὶ τοῦτο. Ἐὰ μὲν γὰρ τῶν ψιλῶν συμφώνων διηγετικῶς ἀγωγὰς οὐ τίχθουσιν, ἀλλὰ παραγραφάς. Εἰσὶ δὲ ταῦτα, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει χρέους γενόμενον. Οἷον τὸ, οὐκ (α) ἀπαίτησιν σε τὸ χρεωστούμενον, καὶ πάντα τὰ ἐξ ἰντερβάλλω. Οἷον τὸ ἐπὶ τῇ πρὸ τοῦ ὁρισμένου καιροῦ ἀποδόσει τῶν πόνδερε, νόμερο (3), μένσυρα τῆς προικὸς προδὲν, μετὰ λύσιν τοῦ γάμου· καὶ τὸ πρὸς τὸν πύπιλλον, παρὰ τοῦ ἐπιτρόπου γενόμενον, μετὰ τὸν τῆς ἡβῆς καιρὸν, περὶ βαρυτέρων τόκων ἢ περ εἰσπράττεται ἢ τουτέλαε.

§ 4. — Περὶ οὗ ὁ διδάσκαλος

(α) M., 75 v°.

(1) Bas., I, p. 560 : εἰπεῖ ὅτι νοῦδον ἐστὶ πάχτον τὸ μὴ εἰς..... ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγου τοῖς συναρέσασσι ὑποκειμένης αἰτίας. Τοῦτο ἐστὶν νοῦδον πάχτον.

(2) Ita L. — V., M. : συναλλάγματα.

(3) M., V. : νόμερε.

nu, c'est-à-dire ψιλόν, c'est celui qui n'est pas spécialement confirmé par quelque loi ou sénatus-consulte, celui qui ne tombe pas sous une appellation spéciale de contrat, celui qui n'est pas dans le même genre une dation ayant été faite ou un fait accompli préalablement en vue d'une dation ou d'un fait. Voilà le pacte nu.

§ 3. — Il se subdivise. Il y a des pactes nus qui jamais n'engendrent d'actions, mais des exceptions. Ces pactes sont le pacte de remise de dette — exemple : je ne te demanderai pas ce que tu dois, — et tous les pactes *ex intervallo*, comme le pacte fait après dissolution du mariage, portant sur la restitution, avant le terme fixé, des choses dotales qui se pèsent, se comptent ou se mesurent ; et comme le pacte fait au pupille devenu pubère par le tuteur pour intérêts plus élevés que ceux à percevoir par l'action *tutela*.

§ 4. — Là-dessus, le maître

οὕτω φησὶν (1)· ἐπὶ οὖν (2) μὴ σύγχρονά εἰσι (3) τὰ τοιαύτα πάκτα τῷ συναλλάγματι ἢ τῷ ὥσανεὶ συναλλάγματι, οὔτε τὴν περὶ προικὸς μετετύπωσεν ἐξ στιπουλάτου (4) τὸ περὶ τῶν σταθμουμένων, μετρούμενων, ἀριθμουμένων μεταγενέστερον σύμφωνον, οὔτε συμβάλλεται περὶ τούτων κινούσῃ τῇ γυναικί, ἵνα μὴ εὐρεθῇ ἀπὸ νοῦδου πάκτου τικτομένη ἀγωγῇ (5), οὔτε δὲ ἡ (6) τυτέλαε κινουμένη μείζονας δύνανται τὸν ἐπίτροπον εἰσπράττεσθαι τόκους ἐκ τοῦ μεταγενέστερου συμφώνου, οὐ δὲ (6) τῷ πουπίλλῳ τούτων ἕνεκεν κινοῦντι συμβάλλεται, διὰ τὸν αὐτὸν πάλιν λογισμὸν, τουτέστιν, ἵνα μὴ εὐρεθῶμεν οὐδὲν ἕτερον λέγοντες, ἢ ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγῇ, ὅπερ ἄτοπον (7), καὶ παρὰ τὴν καθόλου τῶν νόμων διαίρεσιν.

se prononce ainsi : De tels pactes ne sont pas contemporains du contrat ou du quasi-contrat; en conséquence, le pacte postérieur sur les choses qui se pèsent, se mesurent, se comptent, ne change pas l'*actio ex stipulatu de dote*, ni ne sert à la femme actionnant quant à ces choses (car il ne faut pas qu'on trouve une action née d'un pacte nu), pas plus que par l'effet d'un pacte postérieur l'action *tutela* ne donne pouvoir d'exiger du tuteur des intérêts plus élevés, et ne sert au pupille agissant pour cela : toujours pour la même raison, c'est à savoir qu'il ne faut pas qu'on nous trouve ne disant pas autre chose si ce n'est qu'une action naît d'un pacte nu, proposition absurde et contraire à toute l'économie des lois.

(6) V., 63 r^o.

(1) Bas., I, p. 561. Stéphane : ἐπεὶ οὖν μὴ σύγχρονόν ἐστι τὸ πάκτον τῷ συναλλάγματι, τὴν περὶ προικὸς εἰσπράττει οὐ μετετύπωσεν ἐξ στιπουλάτου, καὶ ταύτην βόνα φέρεται τυγχάνουσιν, οὐδὲ συμβάλλεται κινούσῃ..... ἀγωγῇ.

(2) Ita V., M., Bas. — L. : ἐπεὶ μὴ.

(3) Ita V., M. — L. : εἰς.

(4) Ita V., M., Bas. — L. : στιπουλάτω.

(5) Bas., I, p. 561. Stéphane : οὐδὲ ἡ τυτέλαε κινουμένη δύνανται μείζονας... τόκους.

(6) Bas., I, p. 561. Stéphane : τῷ πουπίλλῳ κινοῦντι..... ἢ ὅτι ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνων..... ἄτοπον.

(7) Bas., I, p. 560, lin. 14 *in fine*. Stéphane : ὅπερ ἄτοπον καὶ παρὰ τὴν καθόλου..... διαίρεσιν.

Titre III.

Ἴδού τὸ παρ ἐμοῦ σοι χθὲς εἰρημένον, ὃ καλὲ καγαθὲ, καὶ ἀπ' αὐτοῦ τοῦ πλάτους δείκνυται (1) τῶν διγέστων, ὅτι τὰ ἐξ ἰντερβάλλου σύμφωνα αὐτὰ ταῦτά εἰσι τὰ νοῦδα εἴτ' οὖν ψιλὰ.

§ 1. — Ἄπερ γὰρ ὡς μὴ σύγχρονα ὄντα τοῖς δηλωθεῖσι συναλλάγμασι, μὴ συμβάλλεσθαι εἶπεν ὁ νομοθέτης μήτε τῷ πούλλῳ, μήτε τῇ γυναικὶ εἰς τὸ κινεῖν, ταῦτα ψιλὰ μετ' ὀλίγα καλεῖ, καὶ ὡς ψιλὰ μὴ τίκτειν φησὶν ἀγωγὴν. Τὸ οὖν μὴ σύγχρονον, τὸ ἐξ ἰντερβάλλου πάντως ἐστί.

§ 2. — Σὺ δὲ οὐ μόνον οὐκ ἡνείχου τῶν εἰρημένων, ἀλλὰ καὶ κατεγέλως (2) φεῦ, καὶ ἐδόχεις τισὶν ἄλλος τις εἶναι νομοθέτης (3) καὶ μὴ δὲ τὸ τυχερὸν τῆς τῶν νόμων ἀβύσσου καταλιπεῖν ἀνερεύνητον.

§ 3. — Ἐξε οὖν ὡς ἔχεις, καὶ γίνωσκε οὕτως, καὶ τὰς αὐτὰς δίοδευε τρίβους, εἰδὼς ὡς ἔστι καὶ κριτήριον (4) ἄλλο, καὶ λογοθέσιον, καὶ κριτὴς ἀλάθης, εὐθύνας ἀπαιτῶν οὐ λόγων μόνον (a) καὶ

Voilà ce que, hier, je t'ai dit, ô homme excellent, et il est démontré par le πλάτος même du Digeste que les pactes *ex intervallo* eux-mêmes sont ces mêmes pactes nus, c'est-à-dire ψιλὰ.

§ 1. — Ceux-ci, en effet, n'étant pas contemporains des contrats indiqués, ne servent pour agir, le nomothète le dit, ni au pupille, ni à la femme. Peu après, il les appelle des *pacta* ψιλὰ et comme tels, dit-il, ces pactes n'engendrent pas d'action. Donc le pacte qui n'est pas synchrone est tout à fait le pacte *ex intervallo*.

§ 2. — Mais toi, non seulement tu ne supportais pas ce qu'on disait, mais tu ricanais, hélas! et, à quelques-uns, tu paraissais être un autre législateur qui n'a rien laissé d'inexploré dans l'abîme des lois.

§ 3. — Sois donc comme tu es, pense de la sorte et chemine par les mêmes sentiers, sachant qu'il y a un autre jugement, une reddition de compte, qu'il est un juge à

(a) M., 76 v.

(1) Ita V., M. — I., : δείκνυνται

(2) M. : καταγέλως.

(3) M. : νομοθέτης.

(4) V. M. : κριτήριον.

πράξεων, ἢ ἄλλὰ καὶ ἐνθυμήσεων, καὶ ἐννοειῶν καρδίας, οὗ ἡ δικαιοσύνη ἐφ' ἑαυτὸς ὡς, τοὺς φυλάσσοντας τὴν διαθήκην αὐτοῦ, καὶ μεμνημένους τῶν ἐντολῶν αὐτοῦ τοῦ ποιῆσαι αὐτάς· ὡς ὅγε μὴ τηρῶν τὴν αὐτοῦ διαθήκην καὶ τῆς προήσεως μὴ μεμνημένος τῶν ἐντολῶν αὐτοῦ τοῦ ποιῆσαι αὐτάς, καὶ ἐπὶ σοφίᾳ καὶ δικαιοσύνῃ μέγα κομπᾶζῃ, ἄστροφος οὗτος καὶ τῆς δικαιοσύνης ἀμυήτος.

§ 4. — Οὐκ ἂν οὐν ἔχοις εἰπεῖν, ὡς ἄλλως ἔχει τεῦτα, καὶ οὐκ ὅπως οὐδ' ὅτι ἀνέχρηται παρ' ἐτέρων νομῶν, ἢ διατάξεων, ἢ νεαροῦν θεσπισμάτων, ἢ ἐτέρως (1) ἐν τοῖς Βασιλικαῖς τὰ περὶ τούτων τεχνολόγεται, οἷγε μόνην κανονικῶς τὴν τοῦ ψιλοῦ συμφώνου δύνανται ἐκθέμενοι, τὴν τούτου φύσιν, καὶ ὅθεν κατὰ γὰρ, πρὸς δὲ καὶ τὸν ὅρον ζητεῖσθαι καταλελοιπασιν ἐν τῷ πλάτει.

§ 5. — Ἐγνωσται οὖν ἐντεῦθεν — πάλιν γὰρ τὰ αὐτὰ ῥητέον —

qui rien n'échappe, qui demande raison non seulement des paroles, mais des actes, mais aussi des désirs et des pensées du cœur, un juge dont la justice s'étend aux fils des fils, à ceux qui gardent son alliance, et qui se souviennent de ses commandements pour les exécuter. Car celui qui n'observe pas l'Alliance, et qui, sans souci de la pratique des commandements, ne les exécute pas, celui-là, fut-il encore plus vain de sa sagesse et de sa justice, celui-là est insensé et sans initiation aux mystères de la justice.

§ 4. — Tu n'aurais pas à dire que les choses sont autrement et non ainsi, ni qu'elles ont été abrogées par d'autres lois ou par des constitutions, ou par de nouvelles ordonnances, ou que dans les textes correspondants des Basiliques on disserte autrement là-dessus, ni que ceux-ci qui ont exposé, suivant les règles, uniquement la force du pacte nu, sa nature et d'où il vient, ont ensuite omis, dans le πλάτος, d'en chercher la définition.

§ 5. — D'où l'on a reconnu — car il faut redire encore

(1) Ita V. — M. : ἐτέρως.

ὥς τὰ νοῦδα καὶ ψιλὰ σύμφωνα, τὰ ἐξ ἰντερβάλλο τυγχάνουσι. Καὶ οὐ μάτην ἐνιστώμεθα περὶ τούτων, ἀλλὰ μάτην παρορῶμεθα καὶ οὐ προσεδεχόμεθα.

les mêmes choses — que sont nus et ψιλὰ les pactes qui sont *ex intervallo*. Et ce n'est pas en vain que nous insistons là-dessus, mais c'est en vain qu'on nous dédaigne et qu'on nous repousse.

Titre IV.

Ἐγὼ δὲ νομίζω, ὥς εἰ (1) καὶ τὸ ἕτερον τῆς διαρέσεως τῶν νόμων πάκτων ἐκλήσομαι, τὸ παρὰ τοῦ ἄλλου λέγων, οὐ καταγελασθήσομαι μόνον, ἀλλὰ καὶ κατακισθῆσομαι παρὰ τῶν μὴ ταῦτα ἐξακριβωσμένων.

Je pense, moi, que si je viens à exposer l'autre partie de la division des pactes nus, disant quelque chose de plus imprévu, non seulement je serai raillé, mais même je serai mal traité par ceux qui n'ont pas examiné ces choses avec rigueur.

§ 1. — Καὶ τοίνυν πάλιν ἐπιτιθέμενος ἐπὶ τὴν ἀρχήν.

§ 1. — Et donc il faut revenir au commencement.

§ 2. — Ἐιρηται ὅτι τῶν ψιλῶν συμφώνων τὰ μὲν διηνεκῶς ἀγωγὰς οὐ τίχτουσιν, ἀλλὰ παρὰγραφάς. Καὶ ἀπεδείχθη ὥς αὐτὰ ταῦτα εἰσὶ πάντα τὰ ἐξ ἰντερβάλλο. Οἷον τὸ ἐπὶ συγχωρήσει χρέους ("), τὸ τῆς ταχείας ἀποδόσεως τῶν πόνδερε, νόμμερο (2), μένσουρα, τῆς προκοπῆς, καὶ τῶν πρὸς τὸν πύπυλλον μετὰ τὴν ἔθην παρὰ τοῦ ἐπιτρόπου περὶ βαρυτέρων τόκων, παρόπις εἰσπραττεται ἢ τουτέλας καὶ ἄλλα πλείονα.

§ 2. — Il a été dit que, parmi les pactes nus, les uns n'engendrent jamais d'actions, mais des exceptions. Et il a été prouvé que ces mêmes pactes sont tous les pactes *ex intervallo*. Par exemple, le pacte de remise de dette, le pacte qui a pour objet une prompte restitution des choses dotales qui se présentent, se comptent, se mesurent, et le pacte concernant la restitution des choses pupillaires : pacte fait après la

(1) V. 63 vº.

(1) Ita L. — V., M. : ὥς καὶ.

(2) Ita L. — V., M. : νόμμερε.

§ 3. — Καὶ παρήχθη πρὸς μαρτυρίαν τοῦ λόγου καὶ σύστασιν ὁ περιβόητος τῆς οἰκουμένης διδάσκαλος καὶ νομοθέτης Στέφανος, μὴ δύνασθαι διαρρήδην βοῶν ἀπὸ τῶν τοιούτων ψιλῶν πάλαιον τίχτεσθαι ἀγωγὴν.

§ 4. — Καὶ τὰ ἐπὶ τοῖς παρὰ φύσιν δὲ τῶν συναλλαγμάτων προβαίνοντα ^(b) μεταγενέστερα σύμφωνα (1), οἷον τὸ ἀπαιτεῖσθαι τὸν πρᾶτην πρὸς τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας καὶ ἐγγυητῆν, καὶ τὸ εὐθύνεσθαι τὸν δεποσιτάριον ἀπὸ ῥαθυμίας, καὶ τὸ κινδυνεύειν ἐπὶ τοῖς τυγχέουσιν τὸν χρησάμενον, τοῖς εἰρημένους προστίθωσιν ὁ νομικός (2), ὡς νοῦδα καὶ αὐτὰ, καὶ ἐξ ἰντερβάλου.

§ 5. — Αὕτη πρώτη διαίρεσις τῶν νοῦδων ἔται ψιλῶν.

puberté par le tuteur pour intérêts plus élevés que ceux exigibles par l'action *tutela*, et beaucoup d'autres pactes encore.

§ 3. — Et à l'appui de ce discours, on produisit le témoignage de l'illustre maître œcuménique et nomothète Stéphane, s'écriant, en termes précis, que, de tels pactes nus, une action ne peut naître.

§ 4. — Et aux pactes indiqués le *Nomicus* ajoute comme étant nus aussi et *ex intervallo* les conventions *extra naturam contractuum* faites postérieurement, par exemple, le pacte pour exiger du vendeur, outre la stipulation *duplae*, la constitution d'un fidéjusseur, le pacte pour rendre le dépositaire responsable de sa négligence, le pacte pour imposer au commodataire le risque des cas fortuits.

§ 5. — Telle est la première division des pactes nus, c'est-à-dire ψιλᾶ.

H. MONNIER, et G. PLATON,

Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.

(A suivre).

(b) M., 76 v°.

(1) Ita L. — V., M. : *σύνφωνον*.

(2) Cf. Bas., I, p. 561; II, p. 633.

LA

MEDITATIO DE PACTIS NUDIS

(Μελέτη περὶ ψιλῶν συμβάσεων).

(Suite).

Titre V.

Δευτέρα δὲ ἔδε· ἀλλὰ προ-
σεχτέον. Θαυμάσιον γάρ τι καὶ
παράδοξον ὁ λόγος ἔργεται λέξων.

§ 1. — Τῶν γὰρ νοῦδων πάχτων
εἰσι καὶ τὰ ἐξ̄ κοντίνεντι.

§ 2. — Καὶ ἔχουσ, τί φησιν ὁ
νομοθέτης.

§ 3 (1). — « Τὸ νοῦδον τοί-
νον (2), ὡς εἴρηται, πάχτων ἀγωγὴν
μὲν οὐ συνίστησι (3), παρὰγραφὴν
δὲ τῷ τετυγχεῖ τοῦ πάχτου καὶ
παρὰ τὸ πάχτων ἐναγομένῳ χαρί-
ζεται.

§ 4. — » Ἐστὶ ὅτε δὲ μετα-
τυπᾷ τὴν ἀγωγὴν καὶ καινότεραν

La seconde (division) est
celle-ci : Mais attention ! car
voici venir un développement
contenant du merveilleux et
du paradoxal.

§ 1. — Parmi les pactes
nus, il y a aussi les pactes
ex continenti.

§ 2. — Écoute ce que dit
le nomothète :

§ 3. — « Donc le pacte nu,
comme il a été dit, n'établit
pas l'action, mais accorde une
exception à celui qui a ob-
tenu le pacte et qui est ac-
tionné contrairement au
pacte.

§ 4. — » Mais quelquefois le
pacte transforme l'action et

(1) Bas., I, p. 560. Stephane : τὸ νοῦδον..... οὐ συνίστησι.

(2) Ita V., M. — in L. : τόνον deest.

(3) Bas., I, p. 560. Stephane : παρὰγραφὴν..... ὡς ἐπὶ τῶν βόνα φέρεται
ἀγωγῶν. Ἐνόημεν..... καὶ τῷ ἔκτορι τῷ καινότερι..... τοῦτο χαρίζεται.

ὥσπερ αὐτῇ γαρρίζεται φύσιν, ὡς ἐπὶ τῶν βόνα φίδε δικαστηρίων ἦτοι ἀγωγῶν. Εἰώθαμεν γὰρ λέγειν ὅτι τὰ γινόμενα σύμφωνα ἐνεῖναι (1) δοκεῖ τοῖς βόνα φίδε δικαστηρίοις ἦτοι ταῖς ἀγωγαῖς.

§ 5. — » Ἐπὶ τούτων δὲ, οὐχ ὥς ἔτυγεν, ἀλλ' ἡνίκα σύγχρονόν ἐστι (2) τὸ πάχτον τῷ συναλλάγματι. Ὅτε γὰρ καὶ τῷ κινεῖν τὸ τοιοῦτον συμβάλλεται πάχτον. Εἰ γὰρ ἐξ ἐντερεβάλο, τούτέστιν, εἰ μὴ σύγχρονόν ἐστι τὸ πάχτον τῷ συναλλάγματι, ἀλλὰ μετὰ ταῦτα γένηται, οὐκ ἐνεστί τῷ συναλλάγματι, οὔτε μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν, οὔτε ἰσχύουσιν, εἰ πειραθεῖη τις κινεῖν ἀγωγὴν τούτοις κεχρησθῆναι » (3).

§ 6. — Εἰπὼν οὖν ὅτι τὸ νοῦδον πάχτον ἀγωγὴν μὲν οὐ συνίστησι, παραγραφὴν δὲ τῷ ἐναγομένῳ γαρρίζεται, εἴτα προσθεῖς ἔσθ' ὅτε δὲ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν καὶ ἐπαγωγόν (4), ἐπὶ τούτων δὲ, οὐχ ὥς ἔτυγεν, ἀλλ' ἡνίκα σύγχρονόν ἐστι τὸ πάχτον τῷ συναλλάγματι, ὅπερ πάντως ἐστὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι, σαφῶς παραδέδωκε καὶ ἀναντιρρή-

lui donne en quelque sorte une nouvelle nature, comme dans les *judicia* (c'est-à-dire les actions) de bonne foi; car nous avons accoutumé de dire que les pactes conclus paraissent naturellement compris dans les *judicia* (c'est-à-dire les actions) de bonne foi.

§ 5. — » Pour ceux-ci, néanmoins, cela n'a pas lieu à toute occasion, mais lorsque le pacte est contemporain du contrat. Alors, en effet, un tel pacte sert à l'*actor*. Car si le pacte est *ex intervallo*, c'est-à-dire s'il n'est pas contemporain du contrat, mais fait après, il n'est pas dans le contrat et ne transforme pas l'action. De tels pactes ne valent pas, si quelqu'un, mettant une action en mouvement, tente de les utiliser ».

§ 6. — Donc quand le nomothète nous a dit que le pacte nu ne crée pas d'action, mais donne une exception au *reus*, quand il ajoute ensuite que parfois le pacte transforme l'action et — poursuivant — que cela n'est pas admis à toute occasion, mais seulement pour le pacte con-

(1) Ita L. — V., M. : ἐνεῖ καὶ.

(2) M. : ἐστιν.

(3) Bas. : γρηθῆναι.

(4) M. : ἐπαγωγόν. — V. : ἐπαγωγόν.

τως, ὅτι τὸ νοῦδον ἦτοι φιλὸν
πάκτον διπλοῦν ἐστὶ.

§ 7. — Καὶ ὅτε μὲν ἐξ ἰντερ-
βάλλο γένηται, οὐκ ἔνεστι τῷ συ-
ναλλάγματι οὔτε ἰσχύει πρὸς γένε-
σιν ἀγωγῆς.

§ 8. — Ὅτε δὲ ἐξ κοντίνεντι,
καὶ τῷ κινούντι συμβάλλεται.

§ 9. — Νοῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς
καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι ^(α) καὶ εἰκό-
τως. Εἰ γὰρ ^(β) νοῦδόν ἐστι πάκτον,
καθὼς ὁ νόμος ὠρίσατο, τὸ μὴ
ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρού-
μενον ἰδικῶς (1), τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν
μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγμα-
τος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους
ἰσχύμενον, ἡγησασμένης πρότερον
δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ
ποιήσει (2), τὸ μηδενὸς τούτων
μετέχον, μὴ δὲ τῆς αὐτῆς (3)
δυνάμεως ἀποφερόμενον γνώ-
ρισμα, νοῦδον καὶ αὐτὸ τεχνικῶς
ἀγιν καὶ ἡκριθωμένως κληθεῖται·
καὶ νοῦδον, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλλο,
ἀλλ' ἐτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος.

temporain du contrat, ce qui
est proprement le pacte *ex
continenti*, clairement et ir-
réfutablement le nomothète
nous enseigne que le pacte
nu, c'est-à-dire *φιλόν*, est
double.

§ 7. — Et quand le pacte
est *ex intervallo*, il n'est
plus inhérent au contrat et n'a
pas de force pour engendrer
l'action.

§ 8. — Mais quand il est
fait *ex continenti*, il profite
aussi à l'*actor*.

§ 9. — Nus donc, en vérité,
sont les pactes *ex continenti*
et non sans raison, car si le
pacte nu est, comme la loi
l'a défini, le pacte qui n'est
pas spécialement confirmé
par une loi ou un sénatus-
consulte, le pacte qui ne passe
pas sous une appellation spé-
ciale de contrat, celui qui ne
reste pas dans le même genre,
une dation ayant été faite ou
un fait accompli préalable-
ment en vue d'une dation ou
d'un fait, celui qui ne parti-
cipe pas de tout cela, celui
qui n'emporte pas la marque

(α) V., 61 r^o.

(β) M., 77 r^o.

(1) Bas., I, p. 560, lin. 33. — Stéphane : τὸ μὴ ἐξ ἰδίου..... ἢ ἐπὶ
ποιήσει.

(2) Ha V., M. — L. : ἢ ποιήσει.

(3) Ha L. — V., M. : αὐτῶν.

§ 10. — Ἄρ' (1) οὐ τῶν νοῦδων καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι; ἄρ' ἔχει τινὰ τὰ εἰρημένα δυσχέρειαν (2); ἢ ἐρμηνείας δεῖται τῆς ἐξωθεν;

§ 11. — Σὺ δὲ οὐδὲ τὰ ἐξ ἰντερβάλου νοῦδα λέγειν ἐβούλου.

§ 12. — Ὅμως ἐγὼ καὶ ἑτέραν παρενθίσω διαίρεσιν, καὶ μὴ βούλῃ, ἢν ἐν τοῖς ἐξ κοντίνεντι τούτοις (3) ἐγκεχυρμένην ὦρῃ.

§ 13. — Ὅσα μὲν γὰρ τούτων ἐπὶ τοῖς παρὰ φύσιν γίνονται τῶν συναλλαγμάτων, ὡς ἀνωτέρω ἐπὶ τῶν ἐξ ἰντερβάλου εἵπομεν (4), μετατυπῶσι τῆς ἀγωγῆς τὰς ἐξ ἐκείνων τῶν συναλλαγμάτων ἀποτικτομένας, καὶ μετασκευάζουσι, καὶ οὕτως αὐτὰς κινεῖσθαι παρασκευάζουσι καθὼς δὲ μετετυπώθη διὰ τῶν ἐξ κοντίνεντι συμφώνων.

révélatrice de la même puissance, celui-là on l'appellera aussi pacte nu, et cela au sens technique et précis du mot : nu, non pas comme les pactes *ex intervallo*, mais comme un pacte d'une nature et d'une force autres.

§ 10. — Ne sont-ils donc pas aussi parini les pactes nus, les pactes *ex continenti*? Est-ce que les paroles dites souffrent difficulté? Ou bien ont-elles besoin d'une interprétation extrinsèque?

§ 11. — Mais toi tu ne voulais même pas appeler nus les pactes *ex intervallo*.

§ 12. — Moi, cependant, j'intercalerai une autre distinction, même si tu ne veux pas, laquelle j'aperçois cachée dans ces mêmes pactes *ex continenti*.

§ 13. — Car tous ceux de ces pactes qui ont pour objet des clauses *extra naturam contractuum* — (comme nous l'avons dit plus haut pour les pactes *ex intervallo*) — transforment les actions nées de ces mêmes contrats et les forment autrement, et préparent leur mise en mouvement sous cette nouvelle

(1) M. : Ἄρα.

(2) M. : τὰ δυσχέρειαν.

(3) Πα V., l. — M. : τούτοις.

(4) M. : Εἵπομεν. V. IV, 5.

§ 14. — Καὶ οἱ θεματισμοὶ τούτων δῆλοι πάντως καὶ οὐκ ἀνάγκη τούτους ἐκτίθεσθαι.

§ 15. — Τὰ δὲ ἐπὶ τῆς ῥε̃ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχωρήσεως συντιθέμενα, ποτὲ μὲν καὶ αὐτὰ μετατυποῦσι τὰς ἀγωγὰς τουτέστι τίκτουσι παραγραφὰς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένας, ἥτοι ἐνούσας ταῖς ἀγωγαῖς καὶ μετατυπούσας αὐτάς.

§ 16. — Τὶ δὲ ἐστὶ κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξετάζεσθαι παραγραφὰς (1), οὐκ ἀναγκαῖον λέγειν.

§ 17. — Ποτὲ δὲ καὶ εἰς γένεσιν ἥτοι μετατύπωσιν (2) ἀγωγῇ, συμβάλλεται τῷ ἄκτωρι.

§ 18. — Λεγέσθω δὲ πρὸς ταφήνειαν καὶ ἀμφοτέρων οἱ θεματισμοί (3)· ἡγόρασέ τις παρά τινος πρᾶγμα καὶ ἦν ῥε̃ νόνδουμ σεκούτα το γεγονός· οὐτε γὰρ τὸ τίμημα δέδωκεν, ἴσως δὲ οὐδὲ τὸ πρᾶγμα ἐτραδίτευθη αὐτῷ, ἀλλ' ἂν μὲν συμφώνων καὶ μόνων ἐστὶ τα

forme, d'après la transformation opérée par les pactes *ex continenti*.

§ 14. — Les exemples en sont manifestes, et il n'est pas nécessaire de les donner.

§ 15. — Mais les conventions résolutoires, *re nondum secuta*, parfois aussi elles-mêmes, transforment les actions, c'est-à-dire engendrent des exceptions à examiner en tant qu'elles sont internes, c'est-à-dire des exceptions inhérentes aux actions et les transformant.

§ 16. — Qu'entend-on par des exceptions à examiner en tant qu'elles sont internes, il n'est pas nécessaire de le dire.

§ 17. — Parfois, aussi les pactes profitent à l'*actor* pour engendrer ou transformer l'action.

§ 18. — Pour éclaircissement, donnons des exemples de l'un et l'autre cas : quelqu'un acheta une chose et cela fut fait *re nondum secuta*. En effet, il ne donna pas le prix et pareillement la chose ne lui fut pas li-

1, Ha L. — V., M. : παραγραφῶν.

(2) V. : μετατύπωσις.

(3) Bae., I, p. 506, lin. 23, *a fine*. — Stephane : ὅθεν τὸ πρᾶγμα ἐτραδίτευθεν αὐτῷ ἑαυτοῦ αὐτῷ, ἀλλ' αὐτῷ τῆς πράξεως, καὶ τα τῆς ἀγοράσεως..... περιτρύγοντες ἀλλήλων ὅ γι πράξης..... καὶ ἴσως αὐτῷ, ἀλλ' ἴσως αὐτῷ τα συμφωνηθέντα μεταξὺ αὐτῶν.

τῆς πράξεώς τε καὶ ἀγορασίας. Μετὰ τούτῃ περιτυχόντες ἀλλήλοις ὁ πρῶτος καὶ ὁ ἀγοραστής, λόγους ἐκίνουν (1) περὶ τοῦ (α) συναλλάγματος, καὶ ἔδοξεν ὥστε ἀχυρὰ εἶναι τὰ συμφωνηθέντα μεταξὺ αὐτῶν.

§ 19. — Καὶ φησιν ὁ νομοθέτης (2)· τοῦτο τὸ μεταγενέστερον πάκτον, ἵντεγρα ῥέ γεγενημένον, καὶ κατὰ τοῦτον τὸν λόγον (3) ἐξ κοντινέντι γεγενῆσθαι (4) νομιζόμενον ἔλυσε τὸ συναλλάγμα.

§ 20. — Καὶ ἰδοῦ, καινότερον μάθε τρόπον λύσεως (5) ἀγωγῆς, τὸ πάκτον τὸ ἵντεγρα ῥέ γεγενημένον. τοῦτο δὲ μόνον ἐπὶ τῆς (6) ῥέ νόδουμ σεκοῦτα εἰς τὸ πᾶν ὑπαναχωρήσεως προβαίνει.

§ 21. — Ἐπιγίγει οὖν εὐθύς (7)· Ἐάν γάρ τις, λυθέντος τοῦ συναλλάγματος, κινήσῃ τὴν ἐξ ἔμπτο ἢ τὴν ἐξ βένδοιτο, μᾶτην κινεῖ.

§ 22. — Ἐκβάλλεται γὰρ παραγραφῇ κατὰ τὸ ἐνὸν (b) ἐξε-

vrée ; vente et achat restèrent de simples conventions. Après quoi, vendeur et acheteur se rencontrant s'entretenrent du contrat, et il leur parut bon que les pactes conclus entre eux fussent sans force.

§ 19. — Le nomothète dit : Ce pacte postérieur fait *integra re*, qui, pour ce motif, est réputé fait *ex continenti*, a dissous le contrat.

§ 20. — Et voilà que tu apprends un nouveau mode d'extinction de l'action : le pacte fait *re integra*. Mais cela a lieu seulement lorsque l'on abandonne pour le tout la convention *re nondum secuta*.

§ 21. — C'est pourquoi le nomothète poursuit aussitôt : Si quelqu'un, le contrat dissous, agit *ex emto* ou *ex vendito*, il agit en vain.

§ 22. — Car il est repoussé par une exception à examiner

(a) M., 77 vº.

(b) V., 61 vº.

(1) M. : ἐκείνων.

(2) Bas., I, p. 566, lin. 16, a fine. — Stephane : τοῦτο τὸ μεταγενέστερον..... εἰς τὸ πᾶν ὑπαναχωρήσεως προβαίνει.

(3) V., M. : τὸν λόγον τοῦ ἐξ κοντινέντι.

(4) V. : γεγενῆται.

(5) Ha L. Bas. — V., M. : λύσιν.

(6) Ha V., M., Bas. — L. : ἐπὶ τῇ.

(7) Bas., I, p. 566, lin. 7, a fine. — Stephane : ἐάν οὖν τις λυθέντος..... ἐκβάλλεται γὰρ τῇ παραγραφῇ..... παραγραφῆς.

ταζομένη, τούτέστιν, αὐτῇ τῇ
 ἰντεντίονι μαχομένη, καὶ ὁ νόμος
 οἷδεν αὐτὸν ἐκβεβλημένον διὰ τῆς
 κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένης παρα-
 γραφῆς.

§ 22 a. — Καὶ τῶν μὲν ταχόν-
 των παραγραφῶς κατὰ τὸ ἐνὸν
 ἐξεταζομένας, ἐπὶ τῆς ῥᾷ νόνδουμ
 σεκουῦτα (1) ὑπαναχώρησεως ἐξ
 κοντινέντι (2) συμφώνιον, ὃ θεμα-
 τισμὸς ὅδε.

§ 23. — Ἐπεὶ δὲ (3) ἡ ῥᾷ
 νόνδουμ σεκουῦτα ὑπαναχώρησις ἢ
 εἰς τὸ πᾶν γίνεται, ἢ μερικῇ, καὶ
 αὕτη παλιν ἢ μερικῇ ἢ ἐπὶ μειώσει
 πράγματος ἢ τιμῆματος θεωρεῖται,
 ἢ τοῦναντίον ἐν αὐξήσει πράγματος
 ἢ τιμῆματος, καὶ τὰ ἐπὶ μειώσει
 πράγματος ἢ τιμῆματος προβαί-
 νοντα (4) ἐπὶ τῆς μερικῆς, ὥσπερ
 ὅλῃ καὶ ἐπὶ τῆς εἰς τὸ πᾶν, καὶ
 ταῦτα τῷ ἐναγομένῳ συμβάλ-
 λεται.

§ 24. — Τὰ δὲ τοῦναντίον ἐπὶ
 αὐξήσει, καὶ τῷ ἄκτωρι πρὸς γένε-
 σιν καὶ κίνησιν (5) συντείνουσιν
 ἰγωγῆς. Σαρκηνίσουσι δὲ, καὶ διευ-
 κρινήσουσι καὶ ἄμρω ταῦτα οἱ
 πρόστοροι θεματισμοί.

en tant qu'elle est interne,
 c'est-à-dire en opposition
 avec l'*intentio* : Et la loi, en
 effet, reconnaît que l'*actor* est
 repoussé par l'exception à
 examiner en tant qu'elle est
 interne.

§ 22 a. — Et voici un
 exemple des pactes *ex con-*
tinenti (engendrant excep-
 tions à examiner en tant
 qu'internes) pour un aban-
 don de la convention *re non-*
dum secuta.

§ 23. — Mais puisque l'a-
 bandon, *re nondum secuta*,
 a lieu pour le tout ou pour
 partie, et que la *recessio* par-
 tielle à son tour apparaît
 comme une diminution de la
res ou du prix, ou, au con-
 traire, comme une augmen-
 tation de la *res* ou du prix,
 même les pactes tendant à la
 diminution de la *res* ou du
 prix, qu'il s'agisse de *recessio*
 partielle comme de *recessio*
 totale, profitent au *reus*.

§ 24. — En sens inverse,
 les pactes en augmentation
 aboutissent aussi à la genèse
 et à la mise en mouvement
 d'une action au profit de l'*ac-*
tor. Des espèces appropriées

(1) V., M. : σεκούτας.

(2) V., M. : κοντινέντι.

(3) Ita L. — V., M. : Ἐπειδὴ δὲ.

(4) Ita L. — V., M. : προβαίνοντι.

(5) L. : γίνεσιν.

§ 25 (1). — Ἴγώρασέ τις χιλίους κεράμους οἴνου πεντήκοντα νομισμάτων. Ἦκε μετὰ ταῦτα ῥὲ νόνδουμ σεκοῦτα, τουτέστι (2), μήπω τοῦ τιμήματος καταβληθέντος, ἴσως μὴδὲ (3) τῶν κεράμων παπαδοθέντων αὐτῷ, τὴν ἀγορασίαν μεμφόμενος, καὶ συνέδοξεν αὐτῷ καὶ τῷ πεπρακῶτι τεσσαράκοντα μόννα νομίσματα παρ' αὐτοῦ καταβληθῆναι. Ἴδού ἐν μειώσει τιμήματος ἢ ὑπαναχώρησις (4).

§ 26. — Εἰς τούναντίον ὁ πρᾶτης (5) (α) κατεμέμφετο τὴν πρᾶσιν, καὶ συνήρυσεν (6) ἀντὶ τῶν χιλίων κεράμων ἑνναχόσια μόννα αὐτὸν παρασχεῖν ἐν μειώσει πρᾶγματος ἢ ὑπαναχώρησις.

§ 27 (7). — Ἐὰν οὖν τις,

éclairciront et distingueront les deux cas.

§ 25. — Quelqu'un acheta mille amphores de vin pour cinquante nomismes. Puis, *re nondum secuta*, c'est-à-dire le prix n'ayant pas été payé, peut-être même les amphores n'ayant pas été livrées à l'acheteur, celui-ci vint se plaindre de son achat, et convint avec le vendeur de payer seulement quarante nomismes. Voilà une *recessio* ayant pour objet une diminution de prix.

§ 26. — En sens inverse, le vendeur se plaignait de la vente et on convint qu'il fournirait, au lieu de mille amphores, neuf cents seulement. C'est la *recessio* pour diminution de la *res*.

§ 27. — Si donc, dit (le

(α) M., 78 r^o.

(1) Bas., I, p. 567, lin. 9. — Stephane : Ἴγώρασέ τις παρὰ τινος κεράμους οἴνου χιλίους πεντήκοντα νομίσματα ἦκε..... ἴσως μὴδὲ τῶν κεράμων καταβληθέντων, ἀγοραστής μεμφόμενος..... μόννα καταβληθῆναι νομίσματα παρ' αὐτοῦ ἴδού ἐν μειώσει νομισμάτων τιμήματος..... εἰ δὲ τὸ ἐναντίον..... κεράμων π'. μόνους αὐτῷ παρασχεῖν ἐν..... πραγματός ἐστιν ἢ ὑπαναχώρησις.

(2) Bas. — M. : τουτέστιν.

(3) Ita V., M., B. — L. : ἴσως δὲ μὴ δὲ.

(4) L. : ὑπαναχώρησις, sed in margine ὑπαναχώρησις.

(5) M. : πρᾶτης.

(6) Ita B., L., in margine. — V., M. : συνήρυσεν.

(7) Bas., I, p. 567, lin. 20. — Stephane : ὅθεν καὶ εἰς εἰσελθὼν κινήσει, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς νομίσμασι, ὁ δὲ ἐπὶ πράγμασι, κακῶς κινεῖ, τουτέστι ἐπὶ τοῖς χιλίοις κεράμοις παραγραφὴ γὰρ ἀντίκειται αὐτῷ κατὰ..... εἰ μὴ τοὺς π'. κεράμους ἢ τὰ μ'. νομίσματα, κατὰ τὸ συνδεδωγμένον αὐτό.

ρησίν (1), ἐλθὼν κινήσῃ, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς ν' (2), νομίσμασιν, ὁ δὲ ἐπὶ τοῖς χιλίοις κεράμοις, κακῶς κινεῖ, κακῶς ποιεῖ. Παρεγγραφή γὰρ ἀντίκειται, κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένη, καὶ οὐδὲν ἄλλο καταβαλεῖν ὁ ἐναγόμενος ἀναγκάζεται, εἰ μὴ τοὺς ἐνναχοσίους κεράμους ἢ τὰ τεσσαράκοντα νομίσματα κατὰ τὰ συνδεδογμένα.

§ 28 (3). — Αὐτὸς γὰρ τὴν ἀρχὴν οὔτε ὁ πράτης δύναται τὴν ἐξ ἐνδοῦ κινεῖν, εἰ μὴ ἐπὶ τεσσαράκοντα καὶ μόνοις νομίσμασιν. οὔτε ὁ ἀγοραστὴς τὴν ἐξ ἔμπρο, εἰ μὴ ἐπὶ ἐνναχοσίους καὶ μόνοις κεράμοις.

§ 29. — Καὶ τοῦτο οὐ θαυμαστὸν, εἰ τῷ ῥέῳ τὰ τοιαῦτα πάκτα συμβάλλεται, ὅ τινι καὶ τὰ ἐξ ἐνδοῦ σύμφωνα συμβάλλονται.

§ 30. — Θαυμαστὸν δὲ, ὡς ἀληθῶς, ὅτι καὶ τῷ ἄκτωρι συμβάλλεται, καὶ εἰς γένεσιν ἤτοι μετατόπισιν ἀγωγῆς. Συμβάλλεται δὲ αὐτῷ, ὅτε τὸ πάκτον ἐν

nomothète), on agit, l'un pour les cinquante nomismes, l'autre pour les mille amphores, on poursuit à tort, et l'on agit mal. En effet, une exception est opposée, à examiner en tant qu'elle est interne, et le *reus* n'est forcé de prêter rien autre chose que les neuf cents amphores ou les quarante nomismes, comme il a été convenu.

§ 28. — Le vendeur, en effet, ne peut, *ab initio*, agir *ex vendito*, si ce n'est pour quarante nomismes seulement, et l'acheteur ne peut exercer l'action *ex empto* que seulement pour neuf cents amphores.

§ 29. — Et il n'est pas étonnant que de tels pactes profitent au *reus*, alors que les pactes *ex interrallo* lui servent aussi.

§ 30. — Mais ce qui est vraiment étonnant, c'est qu'ils profitent aussi à l'*actor* même pour créer ou transformer une action. Le pacte pro-

(1) M. : ρησίν.

(2) M. : πεντήκοντα.

(3) Bas., I, p. 567, lin. 25, Stephane : γὰρ τὴν ἀρχὴν..... ὁ ἀγοραστὴς τὴν ἀγορῆν, εἰ μὴ..... κεράμοις. μερικὴ γὰρ γίγνεται τοῦ συναλλάγματος ὑπαναλήψεις· καὶ τοῦτο οὐ θαυμαστὸν..... σύμφωνα συμβάλλεται. θαυμαστὸν..... ὅτι πολλὰ καὶ..... ὅταν τὸ πάκτον ἐπ' ἀδύναμιτι τιμῆματος ἢ πράγματος γέγονεν· ὅσον, ἡγούρας τις παρὰ τινος..... κεράμους πεντήκοντα νομίσμασιν, καὶ..... σκοῦτα τὸ συναλλάγμα· μέλλει γὰρ συμφώνου ἔσσει..... ὅτι πλέον ὁρεῖται λαβεῖν..... ὁ πράτης ἔλεγε.

αὐξήσει πράγματος ἢ τιμήματος
γέγονεν, ὥς εἴρηται.

§ 31. — Οἷον ἡγόρασέ τις
χιλίους (1) κεράμους οἴνου ν' νο-
μισμάτων, καὶ ἦν ῥέ νόνδουμ
σεκοῦτα τὸ ἐν ἀλλαγμᾷ (2). Μέχρι
γὰρ συμφώνων ἔσται τὰ τῆς πρά-
σεως.

§ 32. — Πῶθεν ὁ ἀγοραστής
μετὰ ταῦτα, λέγων, ὅτι πλεόν
λαβεῖν τῶν χιλίων κεράμων ὀφείλω
ἢ τοῦναντίον ὁ πράτης (3) (4)
ἔλεγεν ὅτι οὐκ ὀφείλω ὑπὲρ χιλίων
κεράμων λαβεῖν ν' νομίσματα.
Καὶ ἔδοξεν ἵνα ὁ ἀγοραστής, ἀφ'
λαβῆ κεράμους (α) ἢ τοῦναντίον ὁ
πράτης ξ' νομίσματα. Ἐκ τούτου
γὰρ τοῦ μεταγενεστέρου συμφώ-
νου ῥέ νόνδουμ σεκοῦτα τυγχάν-
οντος ἕκαστος ἔχει ἄλλην ἀπαίτη-
σιν, ὁ μὲν ἐπὶ τοῖς χιλίοις καὶ
ἑκατὸν (5) κεράμοις, ὁ δὲ ἐπὶ
τοῖς ξ' νομίσμασι.

§ 33. — Ἐκ (6) τοῦ οὖν ἄνωθεν

(α) V., 65 ro.

(1) V. : χιλίους. χιλίους.

(2) Ita V. et L. — M., Bas. : συνάλλαγμα.

(3) M. : πράτης.

(4) Bas., I, p. 567, lin. 38, *a fine*. — Stéphane : ἔλεγε..... κεράμων
πεντήκοντα λαβεῖν νομίσματα..... χιλίους ἑκατὸν λαβῆ..... ὁ πράτης π' νομίσ-
ματα. Ἐκ..... μεταγενεστέρου πάκτου..... χιλίοις ἑκατὸν..... ἐπὶ τοῖς π'
νομίσμασιν.

(5) Ita L. — in V., M. : καὶ ἑκατὸν deest; in Bas., καὶ.

(6) Ita L. — in V., M. : ἐκ deest.

fite à l'*actor* lorsque le pacte
est fait en augmentation de
la *res* ou du prix, comme il
a été dit.

§ 31. — Par exemple, quel-
qu'un acheta mille amphores
de vin pour cinquante no-
mismes : le contrat existait
re nondum secuta, car l'af-
faire en était restée aux ac-
cords.

§ 32. — Puis vint l'ache-
teur, disant ; je dois recevoir
plus de mille amphores ; ou,
au contraire, c'est le vendeur
qui disait : je ne dois pas
pour mille amphores recevoir
cinquante nomismes. Et on
tomba d'accord que l'ache-
teur prît onze cents ampho-
res, ou, au contraire, que le
vendeur reçût soixante no-
mismes. En effet, d'après le
pacte postérieur conclu *re
nondum secuta*, chacun a
une autre *petitio* : l'acheteur
pour les onze cents ampho-
res, le vendeur pour les
soixante nomismes.

§ 33. — Donc, d'après ce

ἡμῶν προδιειλημμένου ὅτι τὰ ἐπὶ τῆς βέβηλτου σεκούτα ὑπαναχώρησις συντεθέμενα σύμφωνα (1) ποτὲ μὲν τίκτουσι παραγραφὰς κατὰ τὸ ἐνόν ἐξεταζόμενας, ποτὲ δὲ καὶ εἰς γένεσιν ἀγωγῆς συμβάλλονται τῷ ἄκτωρι, διὰ τῶν εἰρημένων θεμαστισμῶν σαφῶς ἄγαν καὶ διευκρινημένως ὑπέφηνεν ὁ νόμος, (2) καὶ παρέστησεν ἡμῖν, καὶ ὑπέγραψεν, ὡς ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν βέβηλτου σεκούτα ὑπαναχώρησις (3), καὶ ἡ ἐπὶ μειώσει τιμήματος ἢ πλάγματος μερική, διὰ παραγραφῶν τοῖς ἐναγομένοις συμβάλλονται, ὅτε τὰς ἐκ τοῦ (4) ἀπληρώτου καὶ ἀτελέστου προσοτύπου συναλλάγματος ἀγωγῆς (5) κινῶσι τινές.

§ 34. — Ἡ δὲ ἐπὶ ἀξίᾳ τιμήματος (6) μερική ὑπαναχώρησις, ὅτε δηλαδὴ βέβηλτου σεκούτα γίνηται, συμβάλλεται καὶ τῷ ἄκτωρι εἰς ἀνακινισμὸν καὶ σύστασιν γρέους ἑτέρου, κατὰ μίμησιν νοδωτιόνος.

§ 35. — Ἐκ τῶν τοιούτων τῶν νομικῶν μεθόδων καὶ διδασκαλιῶν τῶν τε παραγραφῶν τικτόντων ἐπὶ προβέβηκυσι συναλλάγμασι νοδῶν πακτων ἤτοι ψιλῶν,

qui a été plus haut expliqué — que les pactes faits, *re nondum secuta*, sur la *recessio*, tantôt engendrent des exceptions à examiner en tant qu'internes, tantôt servent aussi à l'*actor* pour la création d'action, — au moyen des exemples cités, la loi fait voir clairement, distinctement, et nous montre et nous dépeint comment la *recessio* intégrale *re nondum secuta* et la *recessio* partielle pour diminution du prix ou de la *res* servent aux *rei* au moyen d'exceptions, quand quelques *actores* mettent en mouvement les actions d'un contrat primitif non rempli et imparfait.

§ 34. — Mais la *recessio* partielle pour augmentation de prix, lorsqu'elle a lieu *re nondum secuta*, sert aussi à l'*actor* pour renouveler la dette et en établir une autre, à l'exemple de la novation.

§ 35. — Donc de ces voies et doctrines légales, et de ces pactes nus, c'est-à-dire *ψιλῶν* qui engendrent des exceptions pour les contrats auté-

(1) M., 78 v.

(2) H. 1. — V., M., : πρόσπον.

(3) H. 1., V. — M., : ὑπαναχώρησις.

(4) V., : ἐκ τοῦ, ἐκ τοῦ.

(5) H. 1. — V., M., : ἀπὸ τῆς ἀπληρώσεως.

(6) V., : ἀπὸ τῆς ἀπληρώσεως.

καὶ τῶν τὰς (1) ἀγωγὰς ἀνακαι-
νιζόντων ἀποδεδειγμένων, ὅλγον
πάντως, καὶ μηδενὶ μηδαμῶς
ἀμφισβητήσιμον (2), ὡς εἰ τινα
ἕτερα παρὰ ταῦτα τισὶν ἐπινενόη-
ται, ἀδεκτὰ τε ὁμοῦ, καὶ τῆς
νομικῆς αὐθεντίας ἐκκρήρυκτα, ὡς
ταύτη μὴ γνωρίζόμενα.

rieurs et qu'on a montrés
renouvelant les actions, il
ressort manifestement et il
n'est douteux pour personne
que si d'autres choses, hor-
mis celles-là, ont été inaugu-
rées par quelques-uns, elles
sont irrecevables et bannies
de tout pouvoir légal, comme
inconnues de la loi.

Titre VI.

Ἀλλὰ (3) σύ, ὦ φίλος, καὶ
τούτων ἀποδεδειγμένων οὕτως,
ὅξυς ὢν καὶ τῶν ἀνεπιλήπτων
ἐπιλαμβάνεσθαι, εἴποις ἄν ἴσως,
μᾶλλον δὲ ἤδη καὶ ἔφης, ὡς καὶ
ποῦ ταῦτα τοῖς βασιλικοῖς ἐγκα-
τέστρωται; περιτολογία σαφῆς
τῶν ἐξηγητῶν καὶ εἰς οὐδὲν δέον
τὰ περὶ τούτων αὐτοῖς ἐκπεπύνη-
ται.

Mais ces choses étant ainsi
démontrées, toi, ô mon ami,
toi si prompt à critiquer ce
qui n'est pas critiquable, tu
dirais peut-être, ou plutôt, tu
as déjà dit : où donc cela se
trouve-t-il, aux Basiliques?

C'est évidemment un ba-
vardage d'exégète, une éla-
boration qui ne répond à
aucune nécessité.

§ 1. — Καὶ παρὰ (4) τοῦτο
ἡ τοσαύτη διδασκαλία καὶ τεχνικὴ
μέθοδος παραθεωρηθῆσεται καὶ
ἀθετηθήσεται.

§ 1. — Et c'est pour cela
qu'un si grand enseignement
et une règle aussi parfaite se-
ront méprisés et inobservés.

§ 2. — Ἄλλ' εἰ μὲν ἐναντία
τοῖς ἐγκαταστρωμένοις (5) ἢ τὴν
χρῆσιν οὐ παρεχόμενα ἐν τοῖς
πράγμασιν, ἢ τοῖς ὕστερον νενο-
μοθετημένοις παραδοκιμηθέντα (6),

§ 2. — Mais s'ils sont con-
traires aux règles insérées ou
ne peuvent servir dans la
pratique, ou sont en contra-
diction avec la législation

(1) Ita L. in V., M. τὰς deest.

(2) V. : ἀμφισμητήσιμον.

(3) M., addit : καί.

(4) V. : πέρ.

(5) M. : ἐγκατεστρωμένοις.

(6) Ita L. — V., M. : παραδοκιμηθέντα.

εἰπέ· καὶ τοῖς οὕτως ἔχουσιν οὐ
χρησόμεθα δ' οὖν (1).

§ 3. — Τί τῶν ὁμοφύλων καὶ
ὁμογλώσσων ἀπελαύνεις νομῶν (2)
τὰ εἰρημένα, ὥσπερ εἴ τινες δημο-
σίαις ἐγκλήμασι κατακεκριμέ-
νους (3) κερζλικῶς τιμωρῶν;

§ 4. — Μὴ οὕτως πρὸς τοὺς
εὐεργέτας διάχειρο νόμους, πρᾶ-
καλῶ, οἷ σε πρὸς μέγιστον ὕψος
καὶ δόξης καὶ εὐδαιμονίας ἀνήγα-
γον, καὶ περιβόητον ἔθεντο.

§ 5 (a). — Μὴ τιμώρει τοὺς
οὐδὲν ἐπταικότας, πλὴν εἰ μὴ
τοῦτο εἴποις, ὅτι σε τοιοῦτον ἀπέ-
δειξαν.

§ 6. — Ἐνῆν μὲν οὖν καὶ ἄλλοις
μυρίοις ἐπιχειρήμασι ταύτην
ἴσως (4) τὴν ἀντιλογίαν καταθ-
λεῖν, καὶ ἀποδείξαι ὡς οὐκ ἐξη-
γητικὴ περιττολογία ταυτὶ (b)
οὐδὲ μάλιστα τοῖς νομοθέταις συγγέ-
νηται.

§ 7. — Ἀλλ' οὐ νῦν τοῦτου
καιρός.

§ 8. — Ἰὼα εἰ σοὶ καὶ τῷ

postérieure, dis-le, et s'il en
est ainsi, nous ne nous en
servirons pas.

§ 3. — Pourquoi séparer
ce qu'on a dit des lois congé-
nères et écrites dans la même
langue, comme on châtie par
des peines capitales certaines
personnes condamnées pour
crimes publics?

§ 4. — Je t'en supplie, ne
sois pas ainsi disposé envers
les lois bienfaitrices qui t'ont
mené au plus haut degré de
gloire et de bonheur et t'ont
rendu illustre.

§ 5. — Ne les punis pas,
car elles ne sont pas coupab-
les, à moins que tu ne
veuilles les déclarer telles,
parce qu'elles t'ont montré
tel.

§ 6. — Il serait certes per-
mis de jeter à terre cette con-
tradiction par une infinité
d'autres épichérèmes, et de
démontrer qu'il n'y a pas là
un bavardage d'exégètes et
que les nomothètes n'avaient
pas écrit inconsidérément.

§ 7. — Mais ce n'est pas le
moment.

§ 8. — Pour te démontrer

(a) M., 79 ro.

(b) V., 65 vo.

(1) Ita L. — V., M. : εἰδ' οὖν.

(2) Ita V., M. — L. : νόμων.

(3) V., M. : κατακεκριμένους.

(4) Sic L. — M. : ἴσων. Forte legendum : εἴ ἴσων.

βασιλικὰ συμφεγγόμενα παραστήσω, ἄκουε καὶ τῶν ἐξῆς.

§ 9 (1). — Τὸ ψιλὸν σύμφωνον ἀγωγὴν οὐ τίκτει, ἀλλὰ παραγραφὴν· πόθεν εἴληπται τοῦτο; οὐχὶ ἐκ τούτου; τὸ νοῦδον πάκτον ἀγωγὴν τίκτειν οὐ πέφυκε.

§ 10. — Τὸ ψιλὸν (2) τοῦτο τί ἐστίν; οὐχὶ τὸ νοῦδον; τοῦτο δὲ οὐχὶ τὸ ἐξ (3) ἰντερβάλλο.

§ 11. — Καὶ πρόσχες τῷ ἐπομένῳ ῥήματι καὶ γνώσῃ.

§ 12 (4). — Ἐν ἀρχῇ δὲ (5) γενόμενον, φησί, τυποῖ τὴν ἀγωγὴν. Οὐχὶ τοῦτο διὰ τὸ ἐξ κοντίνεντι λέγει; συλλογιστέον οὖν, καὶ μὴ φθονήσης, εἰ καὶ τοῖς σοῖς χρώμεθα συλλογισμοῖς· καὶ τῆς αὐτοσοφίας γὰρ ἐσμὲν μαθηταί.

§ 13. — Εἰ οὖν τὸ ψιλὸν σύμφωνον ταυτὸν ἐστὶ τῷ νοῦδῳ τῷ τίκτοντι παραγραφὴν, ἐν ἀρχῇ δὲ γενόμενον τυποῖ τὴν ἀγωγὴν, ἔτερον δὲ ἐν ἀρχῇ γενόμενον οὐ λέγεται· εἰ μὴ τὸ ἐξ κοντίνεντι, ὡς

que les Basiliques parlent comme moi, écoute ce qui suit :

§ 9. — Le pacte ψιλὸν n'engendre pas d'action, mais une exception. D'où cela est-il pris? N'est-ce pas de ceci que la nature du pacte nu n'est pas d'engendrer l'action?

§ 10. — Le pacte ψιλόν, qu'est-ce? N'est-ce pas le pacte nu? et celui-ci n'est-ce pas le pacte *ex intervallo*?

§ 11. — Fais attention à ce qui suit et tu comprendras.

§ 12. — Fait *ab initio*, disent les Basiliques, le pacte forme l'action. Ne parlent-elles pas ainsi à cause de l'*ex continenti*? Raisonnons donc et ne trouve pas mauvais que nous nous servions de tes propres raisonnements, car nous sommes aussi les disciples de la Sagesse même.

§ 13. — Si donc le pacte ψιλόν est même chose que le pacte nu, lequel engendre une exception, et, fait *ab initio*, modèle l'action, et si, fait *ab initio*, il ne

(1) Bas., I, p. 564, lin. 5 : τὸ ψιλόν..... παραγραφὴν.

(2) Ita V., M. — L., addit : δέ.

(3) Sic L. — V., M. ἐξ non habent.

(4) Bas., XI, I, ch. 7, th. 1, p. 564, lin. 6 : ἐν ἀρχῇ δὲ γενόμενον τυποῖ τὴν ἀγωγὴν.

(5) Ita V., M. : — δέ in L. deest.

παρὰ (1) πᾶσιν (2) ἀνωμολόγηται· ἄρα τὸ ψιλὸν σύμφωνον καὶ νοῦδον, καὶ τὸ ἐξ ἰντερβάλλο (3), καὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι.

§ 14. — Καὶ οὐκ ἂν ἔχοις πρὸς ταῦτα δικαίως ἢ ἀληθῶς ἀντεπεῖν, οὐδ' εἰ μυρία συγγράμματα καὶ πολυστίχους χάρτας προφέρεις.

§ 15. — Ἐχεις οὖν καὶ ἐκ τῶν Βασιλικῶν ἐν ὀλίγοις, ὥστε ἐκ τῶν παλαιῶν διεξοδικώτερόν σοι συνήγαγον, ὅτι τὸ νοῦδον πάχτων αὐτό ἐστι τὸ ψιλὸν καὶ τὸ ἐξ ἰντερβάλλο καὶ τὸ ἐξ κοντίνεντι.

§ 16. — Εἰ δὲ βούλει καὶ τὸ περὶ τῆς βέ νόνδουμ σεκούτα ὑπαναχωρήσεως, καὶ τῆς εἰς τὸ πᾶν, καὶ τῆς εἰς μέρος (4) ἐν τοῖς Βασιλικοῖς καταθεῖν, ἀνάσχου μου ἔτι μικρόν.

§ 17 (5). — Ὅσα δὲ, φησί, κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματος μὴ τυχόντος, συμφωνεῖται, ταῦτα καὶ τῷ ἐνάγοντι καὶ

porte pas d'autre nom que celui de pacte *ex continenti*, comme tout le monde le reconnaît, le pacte ψιλὸν et aussi *nudum*, c'est aussi le pacte *ex intervallo* et le pacte *ex continenti*.

§ 14. — Et à cela tu n'aurais, en vérité et en toute justice, rien à objecter, même en écrivant des milliers d'écrits, et en produisant des chartes prolixes.

§ 15. — De ce petit nombre de textes des Basiliques, textes que j'ai rassemblés pour toi en les tirant des anciens avec un plus ample détail, tu relient donc que le pacte nu c'est à savoir le pacte ψιλὸν et le pacte *ex intervallo* et le pacte *ex continenti*.

§ 16. — Et si tu veux voir aussi dans les Basiliques ce qui est dit sur la *recessio re nondum secuta*, tant sur la *recessio* totale que sur la *recessio* partielle, supporte-moi encore un peu.

§ 17. — Tout ce qui, disent-elles, conformément à la nature du contrat est convenu *re non secuta*, profite à

(1) V. : ὧστε.

(2) Ita L. — V. : πᾶτας. — M. : πᾶσαν. Cf. Bas., I, p. 564.

(3) Ita L. — V., M. ἐστὶ addunt.

(4) Ita M., V. Cf. VI, 22 et Bas., I, p. 567, lin. 2. — L. : τὸ μέρος.

(5) Bas., XI, 1, 7, 2. I, p. 564, lin. 20 : ὅσα δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματος μὴ τυχόντος, συμφωνεῖται, ταῦτα καὶ τῷ ἐνάγοντι καὶ

τῷ ἐναγομένῳ, ὡς ἐνόντα συμβάλλεται. Ἐπὶ τε γὰρ τῆς πράξεως καὶ τῆς ἀγορασίας καὶ μετατυποῦν ἔξεστι (1) καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου (α) τελείως καὶ μερικῶς. Καὶ τὰ ἑξῆς.

§ 18. — Θεματισμός ἐστι (2) τοῦ εἰρημένου κεφαλαίου τὸ, ἐπὶ τε γὰρ τῆς πράξεως καὶ τῆς ἀγορασίας. ἢ οὐχ οὕτως, ὡς γενναίε; οὕτως ἄρα.

§ 19. — Καὶ λοιπὸν ὅρα ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ ρήτου καὶ ἀμφοτέρω.

§ 20. — Ἐξεστι, φησὶν, ἐπὶ τῆς πράξεως καὶ ἀγορασίας ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

§ 21. — Τί ἄλλο ἢ πάντως ὑπαναχώρησις τελεία καὶ μερικὴ ἥτις τότε γίνεται, πρὶν γὰρ μὴ τυγόντος· τοῦτέστιν, ὅτε ῥέ νόνδουμ σεκούτα εἴη τὸ γεγονός;

§ 22. — Οὐκοῦν ῥέ νόνδουμ σεκούτα μὴ ὄντος τοῦ γεγονότος, οὐ δυνατόν, ὡς αἴμαι, οὔτε εἰς τὸ πᾶν, οὔτε εἰς μέρος ὑπαναχώρησιν γίνεσθαι.

§ 23. — Τοῦ δὲ κατὰ φύσιν

(α) M., 79 v°.

(1) M. : ἔξεστιν.

(2) M. : ἐστίν.

l'actor et au reus comme inhérent au contrat. Car, dans l'*emptio* et *venditio*, il est permis, par pacte, de transformer et d'abandonner le contrat entièrement ou en partie. Et ce qui suit.

§ 18. — L'espèce du chapitre est aux mots : De la vente et achat. N'est-ce pas ainsi, mon brave ami? Oui, certes.

§ 19. — Il faut donc voir aussi dans la même expression les deux hypothèses.

§ 20. — Il est permis, disent les Basiliques, dans la vente et achat, d'abandonner par pacte le contrat en totalité ou en partie.

§ 21. — Qu'est-ce autre chose si ce n'est absolument une *recessio* intégrale et partielle qui a lieu alors *re nondum secuta*, c'est-à-dire au cas où la chose existerait *re nondum secuta*.

§ 22. — Donc, dans le cas d'une prestation dont on ne peut pas dire qu'elle existe sans contreprestation, il n'est pas possible, je crois, qu'il y ait *recessio* partielle ou totale.

§ 23. — Quant aux mots

πάντα τὰ ἐπὶ τοῖς τοιοῦτοις συμφωνούμενα ἔντε μειώσεσι καὶ αὐξήσεσι τῶν προγεγονότων δηλοῖ, ὥσπερ εἰρήσεται ἀκριβέστερον.

§ 24. — Πῶς σοι ταῦτα δοκεῖ, ὦ φιλοσοφώτατε καὶ διαιρετικώτατε ;

§ 25. — Ἄρ' οὐχὶ καὶ (1) τοῖς (2) Βασιλικοῖς τὰ ἐν τοῖς ἡμετέροις Διγέστοις τεθεώρηται καὶ κατέστρωται, καὶ (3) σοι τοῦτο μὴ δοκεῖ ;

§ 26. — Ἐπαίνεσον οὖν, εἴπερ μοι πείθῃ, μᾶλλον τὰ Διγέστα. Ἐχρυσί γάρ τι τῶν Βασιλικῶν περυσσώτερον. Οἱ μὲν γὰρ ἐκείνων μετιόντες, καὶ τῆς (4) ἐκείνων εὐφραδείας καὶ πλατύτητος ἐμφορούμενοι, εὐκόλως (5) καὶ τοῖς Βασιλικοῖς ἐπιβάλλουσι, καὶ ἡμετέρων ἴσχυι τὰς δυνάμεις.

§ 27. — Οἱ δὲ τοῖς Βασιλικοῖς ἀνασχολημένοι καὶ μόνοις οὐ ταῦτα σχεδὸν καλῶς κατορθοῦσι τὰ σπουδαζόμενα, καὶ ἀνάγκη πάντως αὐτοῖς τῆς ἐκείνων (6) ἐκπίπτειν (7) γνώσεως.

κατὰ φύσιν, ils signifient, comme on le dira avec plus de précision, tout ce qui est convenu en de tels cas pour diminuer ou augmenter des conventions antérieures.

§ 24. — Que te semble-t-il de tout cela, ô le plus subtil des philosophes ?

§ 25. — Est-ce que l'on ne voit pas, répandues dans les Basiliques, les règles de notre Digeste, bien que cela ne t'apparaisse pas ?

§ 26. — Donc, si tu veux m'en croire, célèbre plutôt le Digeste, car il contient plus que les Basiliques. Ceux, en effet, qui pratiquent le Digeste, et se sont emplis de son beau langage et de sa richesse, abordent facilement aussi les Basiliques et la vertu des deux recueils leur est révélée.

§ 27. — Mais ceux qui se sont occupés des seules Basiliques n'entendent pas très bien ce qui fait l'objet de leurs études et nécessairement la pleine connaissance des Basiliques leur échappe.

(a) V., 66 r^o.

(1) L. : καὶ.

(2) Ita M. et forte V. — L. : τοῖς.

(3) Ita L. — M. et forte V. : καὶ.

(4) Ita L. — V., M. : τοῖς.

(5) M. : εὐκόλως.

(6) V. : ἐκείνων.

(7) V. : ἐκπίπτειν.

§ 28. — Οἱ αὐτοὶ καὶ τοῦτό μοι πάσχειν δοκοῦσι περὶ ᾧ καταγίνονται. Ὅταν μὲν γὰρ τοῖς ἑαυτῶν θελήμασιν εὖρωσι ταῦτα συντρέχοντα, καὶ τῆς ἐξ αὐτῶν ὁδμῆς τὰς ἑαυτῶν αἰσθήσεις πληροῦντα, ἐπαινοῦσι καὶ μεγαλύνουσιν. Ὅταν δὲ τοῖς σπουδαζομένοις ἀσύμβατα καὶ ἀσύμφορα, πολλὴν αὐτῶν κατηγοροῦσι στενότητα καὶ ἀσάφειαν.

§ 29. — Ἄ μὲν οὖν μοι καὶ δι' ἀπλῶν ἐναγχος εἴρηται λόγων ἐπὶ τοῦ συνεδρίου περὶ τῶν συμφώνων, ἰδοὺ ταῦτα καὶ γραφῇ δέδοται, καὶ νόμοις ἀποδέδεικται φανεροῖς (α) καὶ ἀνκντιρρόγητοις.

§ 28. — Ils me paraissent être dans les mêmes dispositions quant à leurs recherches actuelles. D'une part, en effet, quand ils en trouvent les résultats conformes à leurs désirs et remplissant leurs propres sens de leur odeur, ils y applaudissent et les magnifient; mais quand ces résultats sont contraires à leurs efforts et sans profit, ils en accusent la pauvreté grande et l'obscurité.

§ 29. — Ces simples paroles, que j'ai prononcées depuis peu au Consistoire, au sujet des pactes, voilà donc qu'elles ont été confiées à l'écriture, et prouvées par des lois claires auxquelles on ne peut rien objecter.

Titre VII.

Λοιπὸν οὖν ῥητέον τινὰ καὶ περὶ τῆς ὑποθέσεως, ἣ τῇ παρουσίᾳ γραφῇ τὰς αἰτίας παρέσχηκε, καὶ θεωρητέον εὐστόχως, εἰ τὸ περὶ αὐτῆς ἀμφίβολον ἐκ τῶν εἰρημένων τέμνεσθαι (1) δύναται.

§ 1. — Οἶμαι παρὰ (2) πᾶσιν ἀνωμολογῆσθαι συνάλλαγμα εἶναί τε καὶ ὀνομάζεσθαι (3) τὸ μεταξὺ

Il reste à dire quelques mots de l'affaire qui a motivé le présent écrit et à examiner avec justesse si la controverse, quant à cette affaire, peut être tranchée par ce qui a été dit.

§ 1. — Je pense que tout le monde s'accorde à reconnaître comme contrat et à

(a) M., 80 v°.

(1) V. : τέμνεται.

(2) V. : πέρ.

(3) V. : ὀνομάζεται.

τοῦ Πρωτοπασθαρίου (1) καὶ τῆς
μονῆς γεγονός.

§ 2. — Συνάλλαγμα δὲ οὐκ
ἰδικὴν ἔχον προσηγορίαν, ἀλλὰ τῷ
γενικῷ κεκλημένον οὕτως ὀνόματι,
ἐξ οὗ καὶ κατὰγεται.

§ 3. — Δόσεως γὰρ χρυσίου
γεγενημένης πρὸς τὴν μονήν, ἐπὶ
τῷ τοῦ δεδωκότος μένειν τε παρ'
αὐτῇ ἐπίσης τοῖς ἄλλοις, καὶ λαμ-
βάνειν ῥητὰ τινα, καὶ μὴ κατ-
ανγκάζεσθαι ὑπὲρ τούτων
ἀποκείρεσθαι, μέχρις ἂν αὐτὸς
βουληθῇ, συνέστη κομβεντίων
ιουρισγεντία. ἤτοι συναίνεσις
φυσικὴ καὶ νόμιμος, ἐπὶ εὐλόγῳ
τῶν συναρεσάντων αἰτία, ἐξ ἧς καὶ
ἡ (2) πραισκριπτις (3) βέρεται
παράγεται.

§ 4. — Προέβη δὲ παρευθὺ καὶ
τὰ περὶ ταύτης ἔγγραφα, ὅσων
παριστῶντα ἐπὶ δόσει (4) κατὰ
ταυτὸν καὶ ἐπὶ ποιήσει.

§ 5. — Τὸ μὲν γὰρ δέδωκα ἵνα
λαμβάνω, δόσις ἐπὶ δόσει· τὸ δὲ
ἵνα μὴ ἀποκείρεσθαι με κατ-

appeler ainsi ce qui s'est
passé entre le protospathaire
et le monastère.

§ 2. — Mais c'est un con-
trat sans appellation spéciale
et désigné ainsi par le nom
du genre d'où il est tiré.

§ 3. — En effet, de l'or
ayant fait l'objet d'une dation
au monastère pour permettre
aux donateurs d'y rester
tout comme les autres, et d'y
recevoir certaines prestations
déterminées, sans que ni l'un
ni l'autre donateur fût as-
treint à la tonsure, tant qu'il
n'y aurait pas consenti, une
convention du droit des gens
a été passée, c'est-à-dire une
entente naturelle et légale,
sur juste cause, des parties
contractantes; et, à ce titre,
l'action *praescriptis verbis*
est donnée.

§ 4. — Aussitôt des écrits
constatant la convention fu-
rent dressés établissant qu'il a
été fait donation pour que pa-
reillement on donne ou l'on
fasse.

§ 5. — Dire : j'ai donné
pour recevoir, c'est dation
pour dation. Mais dire : ne

(1) V. : ἀσπαθάρου. M. : πα' σπαθάρου. Rectum legit L. — Cf. Schumacher
ger, *Sigillographie*, p. 589.

(2) Sic L. : ἡ δεσφ in V. M.

(3) Sic L. — V. M. : πραισκριπτις.

(4) M. : δόσειν.

αναγκάζητε (1), ποιήσεις. Ποῖσαι γὰρ ἐστὶ (2) καὶ τὸ μὴ ποιῆσαι, ὡς μανθάνομεν (3).

§ 6. — Αὕτη ἡ κονθεντίων μὴ εὐροῦσα ἰδικὸν ὄνομα ἔσται ἐπὶ τῇ τοῦ γενικοῦ γένους προσηγορίᾳ, ἐξ οὗ καὶ τὰ ἰδικὰς ἔχοντα προση-(^a)γορίᾳς ἕτερα κατάγονται συναλλάγματα.

§ 7. — Καὶ εἰκότως ἄγαν καὶ ἐννομώτατα συνάλλαγμα ὀνομάζεται. Καὶ οὐ μέγρι τοῦ δεδωκαμόνον, ἵνα λαμβάνω καὶ μὴ ἀποκείρωμαι, τὰ τοιοῦτου συναλλάγματος ἔσται· ἀλλὰ καὶ ἀποτελεσματὰ συναρέσαντα ταῦτα εἰλήφασιν.

§ 8. — Ὅτε γὰρ χρυσίον προσήνεκται τῇ μονῇ, καὶ οἱ δεδωκότες παρ' αὐτῇ προσελήφθησαν, καὶ τοῖς ἐν ταύτῃ μονάζουσι συνηνώθησαν.

§ 9. — Ὅτε τῶν συμφωνηθέντων δίδοσθαι καταβολή (4) διὰ τῆς ἐτησίᾳς δόσεως τὴν ἐνέργειαν ἔσχηκε, καὶ οὐδὲν τῶν δεδογμένων ἠτέλεστον ὑπολείπεται.

§ 10. — Ἀλλὰ καὶ ἐπ' ἐνιαυτοῦς (b) ἤδη τόσους βέβαια συνετέθηται καὶ τὸ ἀπηρτισμένον

me contraignez pas à la tonsure, c'est un *facere*. Car nous savons que *facere* c'est aussi *non facere*.

§ 6. — Cette convention n'ayant pas trouvé une appellation spéciale est restée sous l'appellation du genre général d'où sont tirés aussi d'autres contrats ayant une appellation propre.

§ 7. — Et c'est avec raison et très légitimement qu'on l'appelle contrat. Le contrat n'en est pas seulement resté au moment où j'ai donné pour recevoir sans subir la tonsure, mais il a reçu sa pleine exécution.

§ 8. — Car l'or fut offert au monastère et ceux qui le donnèrent y furent reçus et adjoints à ceux qui y menaient la vie monastique.

§ 9. — Et le paiement de ce qu'on était convenu de donner obtint effet par la prestation annuelle, et rien ne resta inexécuté des conventions arrêtées.

§ 10. — Bien plus, cela fut observé exactement pendant tant d'années; et les faits

(a) V., 66 vº.

(b) M., 80 vº.

(1) Ita L. — V. M. : καταναγκάζηται.

(2) M., V. : ἐστίν.

(3) M. : μανθάνομαι.

(4) M. : καταβολήν.

καὶ τέλειον ἐπὶ τῶν ἔργων αὐτῶν ἐπιθεδεδειγμένον.

§ 11. — Σκοπητέον οὖν εἶναι (1) τοῦ τυγχόντος τοῦ ἀποτελέσματος τούτου (2) συναλλάγματος καὶ τὸν ἀπαρτισμὸν, ὡς εἴρηται, δεξαμένου, ἀναχωρεῖν ἔξεστιν ἢ τελείως ἢ μερικῶς, ἢ ἐπὶ αὐξήσει ἢ ἐπὶ μειώσει, διὰ μεταγενεστέρων συμφώνων.

§ 12. — Καὶ τυχὼν τὴν τῶν σιτηρεσίων καὶ βογῶν ἐτησίαν δόσιν μειοῦν μερικῶς, ἢ καθ' ὁλόκληρον ἢ ἐναλλάσσειν· ἢ τὸ ὑπὲρ τούτων δεδομένον χρυσίον αὐτῷ ἀναδίδοσθαι μερικῶς ἢ ὁλόκληρως, ἢ τὸν ἀντίον καὶ ἕτερον εἰς ἐπαύξησιν ἐπιδίδοσθαι : ἢ καὶ ποιεῖν ἄπερ μὴ ποιεῖν συμφωνηταί.

§ 13. — Ἐμοὶ μὲν οὖν δοκεῖ, καὶ πᾶσι τοῖς συναινοῦσί μοι, μηδὲν τούτων ἐξεῖναι γίνεσθαι μετὰ τὸν ἀπαρτισμὸν τοῦ συναλλάγματος καὶ τὴν τελείωσιν· μήτε αὐξάνειν, μήτε (3) μειοῦν τὰ προβεβηκότα, ἄπερ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ νόμος εἴρηκε.

§ 14. — Καὶ τὸ ἐπὶ αὐξήσει τῶν τοιούτων γινόμενον μετὰ

mêmes démontrent que tout a reçu son parfait achèvement.

§ 11. — Il faut donc voir si ce contrat ayant obtenu son plein effet et étant, comme il a été dit, parachevé, il est permis de l'abandonner en totalité ou en partie, ou pour l'augmenter, ou pour l'amoindrir, par des pactes postérieurs;

§ 12. — et, le cas échéant, de diminuer la prestation annuelle des annones et des distributions, ou de la supprimer entièrement, ou de la changer; ou bien de restituer en partie ou totalement l'or fourni pour ces prestations, ou bien, au contraire, d'en ajouter encore pour augmentation, ou aussi de faire ce qu'il a été convenu de ne pas faire.

§ 13. — Il me paraît donc à moi, et à tous ceux qui partagent mon opinion, que rien de tout cela n'est permis une fois le contrat parachevé et parfait. On ne peut plus ni augmenter, ni amoindrir ce qui a été fait, et que la loi déclare conforme à la nature du contrat.

§ 14. — Et le pacte conclu après entre les personnes

(1) V. : ἐκ.

(2) V., M., L., habent : τούτου.

(3) V. : μήτε μήτε.

ταῦτα σύμφωνον μεταξὺ των εἰρη-
μένων προσώπων (1) μηδεμίαν
ἔχειν ἰσχύιν, μήτε εἰς ἀγωγὴν,
μήτε μὴν εἰς παραγραφὴν.

§ 15. — Καὶ παραγέσθω πρὸς
πίστιν τοῦ λόγου καὶ βεβαίωσιν
αὐτοῖς ἡ ῥὲ νόδουμ σεκούτα με-
ρικὴ ὑπαναχώρησις, ἢ ἐπὶ αὐξήσει
πράγματος ἢ τιμῆματος.

§ 16. — Ἐὰν συμφωνήσω
χιλίους κεράμους οἴνου ν' νομισ-
μάτων ἐξωνήσασθαι παρὰ σοῦ (2),
μήπω μὲν τῶν νομισμάτων δοθέν-
των, οὐδὲ τοῦ οἴνου παραδοθέντος,
δυνάμεθα διὰ μεταγενεστέρων συμ-
φώνων καὶ τὸν οἶνον ἐπαύξειν (3),
καὶ τὴν τιμὴν. Τοῦ δὲ χρυσίου
καταβληθέντος ἤδη, καὶ τοῦ οἴνου
παραδοθέντος, τὸ τελειωθὲν συνάλ-
λαγμα καὶ ἀνελλιπές (4) οὐκ (5)
ἀνανεούμεθα, καὶ τι περὶ τούτου
γενήται σύμφωνον παρ' ἡμῶν (6),
ἀνίσχυρον τῷ νόμῳ λογίζεται, καὶ
κινεῖν ἀγωγὴν ἐκ (7) τούτου τις
οὐδὲ δύναται (8), οὐδὲ (9) μὴν
συγκεχώρηται.

§ 17. — Πρὸς ταῦτα τίς ὁ

indiquées à l'effet d'accroître
les prestations n'a aucune
force ni pour action, ni pour
exception.

§ 15. — Pour preuve et à
l'appui du discours soit mis
en avant l'abandon partiel
re nondum secuta, pour aug-
mentation de la *res* ou du
prix.

§ 16. — Si je conviens de
l'acheter, pour cinquante no-
mismes, mille amphores de
vin : tant que les nomismes ne
sont pas versés ni le vin livré,
nous pouvons, par pactes
postérieurs, augmenter la
quantité de vin et le prix.
Mais l'or étant déjà versé et
le vin livré, ce contrat com-
plet et auquel rien ne man-
que, nous ne le renouvelons
pas. Et si quelque convention
est faite par nous là-dessus,
elle est tenue pour inefficace
par la loi, et on ne peut, en
vertu de cette convention, ni
intenter une action, ni obte-
nir licence de le faire.

§ 17. — Qui trouvera-

(1) V. M. : προσώπων.

(2) Sic L. — V. et M. : ἀπό.

(3) Ita L. — V. et M. : ἐπαύξων.

(4) Ita V., M. — L. : ἀνελλιπές.

(5) Ita L. — οὐκ deest in V., M.

(6) V., M., L. : παρ' ἡμῶν. — Sed L. in margine : ἡμῶν.

(7) V. : ἐκ.

(8) Ita L. — V., M. : δύνηται.

(9) Ita L. — V., M. : οὐτε.

ἀντίφθεγγόμενος (1) εὐρεθήσεται:

§ 18. — Ἢ τίς ὅλως εἰπεῖν
δυνήσεται ὡς ἐὰν ἵππον πωλήσας
εἰς χεῖρας λάβω τὸ τίμημα, καὶ (α)
παραδώσω αὐτόν, εἴτα περιτοχὸν
τῷ ἀγοραστῇ (2), συμφωνήσω
μητ' αὐτοῦ καὶ ἕτερον χρυσίων (β)
εἰς (3) ἐπαύξησιν τοῦ τιμήματος
ἐπικομίσασθαι, καὶ ἀγωγὴν συ-
νίστημι περὶ τούτου, προσδεχθήσο-
μαι ὅλως, ἢ συγχωρηθήσομαι παρὰ
τοῦ νόμου, καὶ οὐκ εὐθύς ἐκδληθή-
σομαι καὶ οὐδὲ τῇ τοῦ δικατηρίου
θύρᾳ προσεγγίσει καταλειφθήσο-
μαι, τοῦ ἀντιδίκου μὴ βυλόμενου;

§ 19. — Οὐδεὶς ὁ τοῦτο λέξ-
ων (4) ἐστὶν εἰ μὴ τις ἀμαθὴς καὶ
ἀμύτης δικαιοσύνης ἐστὶν ἀληθοῦς
τε καὶ νομικῆς.

§ 20. — Ὅρα γὰρ πῶς καὶ ἡ
κοινὴ τῶν ἀνθρώπων χρῆσις τὰ
περὶ τούτων οἶδεν τε καὶ καθ' ἑκάσ-
την, ὡς εἰπεῖν, διαπραττέται.

§ 21. — Ἵνα γὰρ μὴ εὐθύς ἀπο-
κλείωνται οἱ ἵππους καὶ ἡμιόνους
ὀνούμενοι μετὰ τὴν τοῦ τιμήματος
δόσιν καὶ τὴν τοῦ ζώου παραδοσιν,

l'on pour contredire à cela?

§ 18. — Ou bien si, ayant
vendu un cheval, j'ai reçu
en mains le prix et livré le
cheval, et qu'ensuite rencon-
trant l'acheteur, je conviens
avec lui qu'il versera une
autre somme en augmenta-
tion du prix et si j'intente
une action de ce chef, qui
pourra dire que je serai abso-
lument reçu à l'intenter ou
que j'y serai autorisé par la
loi et que je ne serai pas aus-
sitôt repoussé, sans qu'il me
soit même laissé, si mon ad-
versaire s'y oppose, de m'ap-
procher de la porte du tri-
bunal!

§ 19. — Personne ne dira
cela, si ce n'est un ignorant,
un non initié à la justice et
vraie et légale.

§ 20. — Car vois comment
le commun usage des hom-
mes comprend ces choses, et
chaque jour, pour ainsi dire,
les pratique.

§ 21. — Pour ne pas être
aussitôt repoussés, ceux qui
achètent des chevaux et des
mules, une fois le prix payé

(α) M., 81 r°.

(β) V., 67 r°.

(1) Ita L. — V., M. : ἀντιφθεγγόμενος.

(2) V. : τῷ ἀγοραστῇ.

(3) V. : εἰς εἰς.

(4) Ita V., M. — L. : λέξων.

μεσεγγυῶσιν (1) ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον τὰ ὑπὲρ τούτων τιμήματα, ἢ συμφωνοῦσιν ἔξωθεν κατασκέψασθαι τὸ ἐωνημένον ἐφ' ἡμέραις δυοῖν ἢ καὶ τρισίν.

§ 22. — Καὶ ἡ ἀναχωροῦσι τελείως τοῦ συναλλάγματος ἐν τῷ μεταξὺ, ἢ μειοῦσι τὸ τίμημα καὶ τότε περαίνεται τὸ συναλλάγμα.

§ 23. — Ὡς εἶγε τοῦτο ἐνῆν γίνεσθαι καὶ μετὰ τὴν τοῦ τιμήματος καταβολὴν καὶ τὴν τοῦ ζώου παράδοσιν, οὐκ ἂν ἡ μεσεγγύησις (2) ἐν μέσῳ παρείληπτο.

§ 24. — Ἀλλὰ διὰ ταύτην ῥέ νόνδουμ σεκούτα τοῦ γεγονότος νομιζομένου, ὁρθῶς συμβαίνει προβαίνειν τὴν ὑπαναχώρησιν (3), ὡς δεδῆλωται.

et l'animal livré, consignent d'ordinaire les prix ou conviennent de mettre en observation au dehors pour deux ou trois jours l'animal acheté.

§ 22. — Et, dans l'intervalle, ils abandonnent entièrement le contrat, ou bien ils diminuent le prix et alors le contrat est parachevé.

§ 23. — Car s'il était possible qu'il en fût ainsi même après le paiement du prix et la livraison de l'animal, on n'aurait pas eu recours à un séquestre intermédiaire.

§ 24. — Mais par cette mise en séquestre, ce qui a eu lieu s'interprétant comme un contrat non encore exécuté, il arrive que la *recessio* se produit régulièrement, comme on l'a montré.

Titre VIII.

Καὶ τὸ εἰρημένον τοίνυν σύμφωνον, τὸ μεταξὺ τῆς μονῆς καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου (4), εἰ μὲν μήπω τοῦ χρυσίου παρὰ τούτου τοῖς μοναχοῖς δεδομένου προβέβηκεν, ἢ ἂν τοῦτο ἐδέδοτο, τοῦ ἀνθρώπου μηδέπω πρὸς τὴν μονὴν εἰσεληλυθότος (5) ἢ τῆς τῶν σιτη-

Donc, quant au pacte indiqué, — celui fait entre le monastère et le protospathaire — s'il a eu lieu, alors que l'or n'a pas été versé aux moines par le protospathaire; ou même, l'or étant versé, si l'homme n'est pas encore en-

(1) Ita L. — V., M. : μεσεγγεῶσιν.

(2) Ita L. — V., M. : μεσεγγυησις.

(3) Ita in margine L. — V., M. : ἀναχώρησιν.

(4) Ita L. — V., M. : α ἐπ σταθς. — Cf. VII, 1.

(5) L. : ἐσεληλυθότος. — V., M. : ἐσελληλυθότος.

ρεσίῳν (1) καὶ ῥογῶν δόσεως ἔτι ἐνηρητημένης, εἶχεν ἄν ἰσχύον τινα καὶ ἐνέργειαν, καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου κινουῦντος ἐκ (2) τῶν προγεγονότων συμφώνων κατὰ τῶν μοναχῶν, ὥστε πρὸς πέρας ἀγυῖναι τὰ συνχρέσαντα, παραγραφή ἐκ (3) τούτου ἀντέχειτο τῷ ἐνάγοντι, καὶ οὐκ ἠναγκάζοντο οἱ μοναχοὶ ἢ προσδέξασθαι τοῦτον ἐν τῇ μονῇ, ἢ διδόναι (4) αὐτῷ ἀπὲρ ἐπηγγείλαντο, πρὸ τοῦ κομίσασθαι καὶ αὐτοὺς τὰ ἐπ' αὐξήσει τῶν προτετυπωμένων συμφωνηθέντα δι' αὐτοῦ παρέχασθαι πρὸς τὴν μονήν.

§ 1. — Ἡ γὰρ μὴ ἐκείνος ἐκί-
νει, καὶ οἱ μοναχοὶ (4) ἐνάγειν
ἠδύναντο ἐκ (5) τοῦ μεταγενεστέ-
ρου τούτου συμφώνου, ὡς ἐπ' αὐξή-
σει γεγονότος τοῦ προσυμφωνηθέν-
τος δοθῆναι αὐτοῖς χρυσίου, τοῦ
μικροῦ δηλαδὴ καταβεβλημένου.

§ 2. — Ἐπεὶ δὲ πάντων τῶν
συμπεφωνημένων ἤδη προβεβηκό-

tre au monastère ou si la dis-
tribution des annones et des
rogae est encore en suspens,
le pacte pourrait avoir quel-
que force et efficacité. Et le
protospathaire agissant con-
tre les moines en vertu des
conventions antérieures pour
mener les accords à leur fin,
on opposerait au demandeur
une exception de ce chef, et
les moines ne seraient pas
forcés de le recevoir dans le
monastère ou de lui donner
ce qui lui avait été promis
avant d'avoir eux-mêmes ob-
tenu ce qu'il a été convenu
que le protospathaire appor-
terait au monastère en aug-
mentation des conventions
antérieures.

§ 1. — Ou, le protospa-
thaire n'agissant pas, les
moines eux-mêmes pour-
raient agir du chef de cette
convention postérieure, se
fondant sur ce que l'or n'a
pas encore été versé qui de-
vait leur être payé en aug-
mentation de la convention
antérieure.

§ 2. — Mais comme la con-
vention postérieure a eu lieu,

(a) M., 81 v^o.

(1) Ita L. — V (?). M. : σιτηρεσίῳν.

(2) V. : ἐκ.

(3) V. : ἐκ.

(4) Ita L. — V. M. : α' α'.

(5) V. : ἐκ.

των τε καὶ τετελεσμένων ἀνελλι-
πῶς, ἐπιγεγένηται, ἀπρακτῆσει
τελείως, καὶ οὔτε ἀγωγὴν οὔτε
πραγματούνην ὁ νόμος ἐξ αὐτοῦ τοῖς
προϋαλλομένοις παρέξει, καὶ ὅτι
μάλιστα καὶ τοῦτο σπεύδωσί τε
καὶ βούλωνται.

§ 3. — Ἐχομεν οὖν περὶ τού-
των οὕτως; ἐγὼ τε καὶ ὅσοι μετ'
ἐμοῦ τῷ πλάτει τῶν (α) παλαιῶν
ἐμφιλοχωροῦντες ἐντεῦθεν θαρσά-
λεώταρον τοῖς στενοῖς ἐπιβάλλουσι
τῶν βασιλικῶν, καὶ σύμπνοες ἐπὶ
τοῖς εἰρημένοις ἐμοὶ καὶ σύμφρο-
νες (1).

§ 4. — Ὅσοι δὲ μὴ οὕτως
ἔχουσι τὰς οἰκείας καὶ χεῖνοι γνώ-
μας περὶ τῆς ὑποθέσεως προαγέ-
τωσαν ἐπὶ μέσον, ἵνα καὶ ἡμεῖς
αὐτῶν ἰκουσόμεθα.

alors que toutes les conven-
tions étaient déjà menées à
bonne fin, sans que rien
manquât, elle sera entière-
ment inefficace, et la loi n'en
tirera, au profit de ceux qui
l'invoquent, ni action, ni ex-
ception, si grands que soient
leur désir et leur volonté.

§ 3. — Voilà ce que nous
pensons, moi et tous ceux
qui, avec moi, se plaisant à
rester dans le large champ
des anciens, s'engagent avec
d'autant plus de confiance
dans les défilés des Basili-
ques : sur tout ce qui a été
dit, nous sommes unanimes
et du même sentiment.

§ 4. — Quant à ceux qui
pensent autrement, qu'ils
présentent leur propre ma-
nière de voir sur l'affaire,
afin que nous aussi nous les
écoutions.

(α) V., 67 v°.

(1) Ita M. et in margine L. — V. : σύμφρονες.

H. MONNIER, et G. PLATON,
Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.

(A suivre).

LA
MEDITATIO DE NUDIS PACTIS

III

**Théorie des pactes
d'après la « Meditatio de nudis pactis ».**

La lecture de la *Meditatio* soulève de nombreuses questions.

Quelle est la doctrine de l'auteur sur les pactes? La *Meditatio* a-t-elle été rédigée à l'occasion d'un procès véritable, ou bien n'est-elle qu'une pure déclamation, un exercice d'école? Si, comme nous le croyons, la première hypothèse est la vraie, peut-on indiquer quel était l'objet du litige et quel tribunal l'a tranché et comment? Peut-on enfin émettre quelques conjectures sur l'auteur de la *Meditatio* et sur son principal contradicteur?

A toutes ces questions, on ne se flatte pas d'apporter une réponse assurée. Mais ces questions se présentent trop naturellement à l'esprit du lecteur pour que l'on puisse se soustraire à l'obligation de les discuter. La théorie des pactes en particulier mérite notre attention. Elle a pris, dans le monde byzantin, une importance nouvelle. On peut, écrit un scholiaste, changer au moyen des pactes la nature des contrats (1). N'est-ce pas tout le vieux système

(1) *Bas.* I, p. 337, sch. 2 : ἀμείβειν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων διὰ συμφώνιον ἔστιν.

plète la citation en observant que les conventions qui créent ou éteignent les actions peuvent aussi tirer leur force des constitutions impériales.

Poursuivant ses emprunts à l'ouvrage de Stéphane (1), notre auteur donne, non pas une énumération, mais des exemples de conventions légitimes.

Le premier exemple est celui d'un pacte adjoint à une tradition. Le *tradens*, en faisant tradition d'un champ, a retenu un usufruit ou un droit de passage (2). Ce pacte

de Stéphane reproduites aux Basiliques, outre des *indices* proprement dits, des prothéories très caractéristiques et des *παράγραφαί* (*adnotationes*) qui, en dépit des dénégations de Zachariae (V. *op. cit.*, p. 281), faisaient partie intégrante de l'Index. Ferrini, sur ce point, a fourni des preuves décisives, *B. d. Ist. d. dir. Rom.* III, par exemple : *Bas.* III, p. 379 : τὸ πλάτος ἔχει... καὶ φησι παραγραφόμενος ὁ Στέφανος; *Bas.* IV, p. 248 : ἐν ταῖς εἰς τὸν Ἰνδίκον παραγραφαῖς πάλιν λέγει, κ. τ. λ. — d) Zachariae écrit, *op. cit.*, p. 282, que Stéphane distingue entre Nomothète et *Nomicus* (mit letzterem bezeichnet er den einzelnen Jurisconsultus, mit ersterem denjenigen, der die Digesten abgefasst und publicirt hat). Cette distinction n'est certainement pas faite par notre auteur. — e) Stéphane est qualifié de *praeceptor orbis terrarum*. C'était le titre officiel des professeurs des écoles de droit de Constantinople et de Bérée. Il ne faut pas, sur la foi d'une scholie de Théodore, *Bas.* I, p. 698, réserver ce titre seulement aux professeurs antérieurs à l'an 500. On retrouve ce titre aux VIII^e et IX^e siècles, V. Zonaras, XV, 3 et *Script. post. Theoph.* : P. 88. — f) Sur le style et les procédés d'exposition et de discussion de Stéphane, et par suite sur les moyens de reconnaître un texte de ce scholiaste, on trouvera de précieuses indications dans Zachariae, *Z. der. S. St.*, X, p. 253, et dans l'article précité de Ferrini. — g) Enfin notons, avec Ferrini, *Per il XXXI^o anno d'insegnamento di P. Serafini, Studi giuridici*, Florence, 1892, p. 29-32, que Stéphane utilisa des *subsilia optima notar*, ce qui donne du prix à sa doctrine sur les pactes.

(1) C'est par suite d'une erreur d'ailleurs corrigée au *Manuale Basilicorum* que Heimbach a mis sous le nom de Cyrille la grande scholie τῶν πατρῶν, *Bas.* I, p. 157. La première phrase est bien de Cyrille, mais tout le reste est de Stéphane. — On rapprochera de la scholie de Stéphane la scholie du Digeste de Théophile provenant d'Oxyrhyncos (février 1910) transcrite par Lodi et publiée, dans le *Bull. dell' Istit. di dir. Romano*, XXIII, p. 181-203, par Filippo Vassali. L'attribution à Théophile est, du reste, contestée et contestable : cf. Francisci, *Rendiconti del R. Istituto Lombardo*, sér. II, vol. XLV, 217, et Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1913, p. 100.

(2) Des mots : τὸν ὁσσοῦροστον ἢ τὴν γῆσιν ἢ τὴν παράδοον, I, 2, Leunclavius a seulement traduit les premiers et les derniers. Heimbach

est confirmé spécialement (ἰδιωτικῶς) par une loi : c'est donc une convention légitime. Le droit réel d'usufruit ou de servitude prédiale est créé et peut faire l'objet d'une *indicatio* (ἐκδικησις). — Quelle est la loi qui a validé la convention ? Le texte est muet, mais la réponse n'est pas difficile à trouver. Un peu après avoir parlé des *pacta in traditione inita*, Stéphane parlait de l'effet libératoire *ipso jure* attaché par la loi aux pactes *de furto* et *de injuriarum actione*. Or, il paraît bien que la loi des XII Tables elle-même avait attribué au pacte rémissoire cet effet d'éteindre entièrement les actions de vol et d'injure (1). Il faut donc admettre que Stéphane et notre auteur faisaient remonter à la loi des XII Tables, et la validation d'un pacte adjoint à une tradition (2), et la célèbre règle énoncée par Gaius : *In traditionibus rerum quodcumque pactum est, id valere manifestum est* (3). Il est superflu d'observer que nous ne savons pas au juste ce que prescrivait ici la loi décemvirale, ni même si Gaius avait rédigé son texte tel qu'on le voit rapporté au Digeste. Il y a déjà longtemps que Jacques

bach, dans le passage correspondant des Basiliques, I, p. 557, a traduit τὴν γρησίν par *reditus* et négligé de traduire πάροδον. Notre traduction se justifie par cette considération que, dans les textes, V. Harménopule, *Prompt.*, II, 40, ἡ γρησις, ἡ γρησις τῶν καρπῶν signifient constamment l'usufruit, et que πάροδος désigne ordinairement la servitude *actus*. Cf. *Bas.*, LVIII, 3, 1, et Perrini, *Bas. Suppl.*, p. 141 : πάροδος, ἐστὶ τὸ ἐλαύνειν θρέμμα ἢ ὑποζύγιον. Le même mot, d'ailleurs, s'emploie aussi pour désigner les promeneurs des maisons. Cf. *Basilii Prochiron*, XXXVIII, 6, et l'Hexabiblos d'Harménopule, II, 4, 46 : Εἰ δέ τις ἀπὸ βαστερόντων ἤγουν τῶν λεγομένων παρόδων ἤτοι διαδοτῶν ἄποψιν εἶχει ἐπὶ θάλασσαν. V. aussi la constitution de Zénon, C. J. VIII, 10, 4, et Du Cange, *Glossarium mediae et infimae Graecitatis*, v^o Βαστέροντα.

(1) LL. 1714, 17 § 1, D. II, 14. Cf. G. Noodt, *De pactis et transactionibus*, ch. 13, *opp.* Leyde, 1765, I, p. 427; Ed. Cuq, *Institutiones juridiquae*, I², 1904, p. 114, et II, 1902, p. 469; Girard, *Manuel*³, 1911, p. 407.

(2) *Bas.* I, p. 557 : νόμος λέγων ἐρρωσθαι τὰ ἐν τῇ παραδίτῳ γινόμενα σύμφωνα.

(3) Ce texte D. II, 14, 48 appartient à un ouvrage de Gaius sur les XII Tables. Cf. Basil. XI, 1, 47 : "Ὅπερ ἂν συμφωνηθῇ ἐν τῷ παραδίδοσθαι τὸ πρᾶγμα, ἐρρωται.

Godefroy proposait de lire *mancipationibus* au lieu de *traditionibus* (1). Comment croire, en effet, que la loi des XII Tables eût permis de constituer sur un fonds dont on faisait simplement tradition, au moyen d'un simple pacte adjoint, une servitude quelconque? Ajoutez que l'usufruit, dont l'établissement par pacte adjoint à la tradition est un des exemples cités par Stéphane et notre auteur, n'existait sûrement pas au temps des XII Tables (2); que, si Gaius a écrit son texte tel que nous le possédons, peut-être a-t-il voulu dire que la tradition du fonds donnait une certaine efficacité à des conventions telles que celles d'*uti frui*, d'*ire agere licere*, d'*aquam ducere licere*, etc. Le *tradens* poursuivi par une action prohibitoire invoquera l'exception *pacti*. Mais comme un *jus servitutis* n'est pas vraiment constitué, le *tradens* fera d'ordinaire une *stipulatio pacto subdita* pour suppléer, tant bien que mal, à l'unique moyen défensif que le pacte fournit (3).

Au reste il importait peu, sans doute, à Stéphane et à notre auteur que l'on pût, en toute vérité, faire remonter ou non à la loi des XII Tables la possibilité de créer des servitudes par pacte adjoint à une tradition. Il leur suffisait que Justinien parût rattacher cette possibilité à la loi décenvirale pour qu'ils se crussent en droit de ranger la réserve de servitude dans la tradition parmi les conventions légitimes.

Avant que de passer à d'autres exemples de conventions légitimes, l'auteur de la *Meditatio* s'arrête un ins-

(1) Cf. *Probationes ad Tabulam VI de jure domini, et possessionis*, au Trésor d'Otton III, p. 107. Cf. A. Pernice, *Labco*, III (1892), p. 111.

(2) L'usufruit n'apparaît pas avant la seconde partie du vi^e siècle *ab U. C.*

(3) L. 33 pr. D. VIII, 3 : ... *recte servitutibus impositam aut maxime si pacta stipulatio subdita sit*. Voir cependant Collinet : *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, p. 144 et s., et la *Tradition des servitudes dans le droit de Justinien*, dans *Mélanges Girard*, I, p. 195.

tant pour nous communiquer une réflexion. La *vindictio servitutis* sera donnée en cas de convention jointe à une tradition à l'effet de retenir une servitude, bien que cette convention « paraisse être en quelque sorte une *nuda conventio*, καὶ φιλόθεν πως εἶναι δοκεῖ » (1). Sans aucune précaution de langage, Stéphane avait simplement écrit que notre convention était un pacte nu générateur d'action : ἀπὸ φιλοῦ πάχτου συνίσταται ἀγωγή (2). Cette déclaration concorde au reste avec les déclarations catégoriques qu'on trouvera plus bas. Tandis que l'adversaire de notre auteur ne veut appeler nu, ni le pacte adjoint à une tradition, ni le pacte adjoint à un contrat (3), notre auteur appelle nues toutes les conventions qui ne donnent pas naissance à un contrat nommé ou innommé (4). De telles conventions sont nues (n'ayant ni *nomen*, ni *causa*), si ce n'est dans les cas exceptionnels où elles ont été munies d'action; elles restent inefficaces, sauf le plein effet donné aux pactes rémissaires *de facto* et *de injuria* par la loi des XII Tables, sauf encore le moyen défensif par lequel le préteur a fait, dans les pactes, respecter la bonne foi (5).

Que si notre auteur — non point Stéphane — paraît hésiter à appeler nue la convention adjointe à une dation, peut-être la raison en est-elle que cette convention diffère par son but et par ses effets du pacte adjoint à un contrat. Mais ce scrupule dogmatique n'arrête qu'un moment notre auteur. C'est une nuance fugitive dans une pensée qui, pour l'essentiel et les détails, suit docilement la pensée du maître œcuménique.

(1) l, 2 *in fine*.

(2) *Bas.* l, p. 557.

(3) V, 11.

(4) III, 1, 4; IV, 2; V, 6, 9, 10, 35; VI, 13, 15.

(5) D. II, 14 et 5, pr., et § 7.

ε' ο

Le second exemple est celui d'une convention à l'effet de constituer une dot (1). On sait qu'à l'époque classique, il fallait, pour constituer une dot, une dation ou une *promissio* ou une *dictio dotis* (2). Au Bas-Empire, la *dictio dotis* disparut, mais les empereurs Théodose II et Valentinien III sanctionnèrent, par une action, la convention *de dote constituenda* (3). La convention est donc devenue légitime. On observera qu'elle est confirmée, non par une loi ou un sénatus-consulte, mais par une constitution impériale. Sur cette convention, notre auteur se borne à reproduire ce qu'avait dit Stéphane (4).

Le troisième exemple donné (5), toujours d'après Stéphane, est celui d'une convention d'intérêts accompagnant un prêt fait par une cité. C'est une règle bien connue que les intérêts conventionnels d'une somme donnée en *mutuum* ne sont pas dus tant qu'ils n'ont pas été stipulés (6). A cette règle il avait été apporté, au cours des siècles, plusieurs dérogations : πολλῶν ὄντων θεμάτων, ἐξ ὧν καὶ ἀνεπερίωττοι τόκοι καὶ ἐκ συμφώνου μόνου τίθενται (7). Une exception existait notamment au profit des cités prêteuses : *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab iis pecuniarum* (8). Un scholiaste récent affirme, aux *Basiliques*, que cette

(1) I, 3.

(2) Ulp. Reg. VI, 1. Cf. Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, 1870, p. 91 et sqq.; Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, 1867, II, p. 63, sqq.; Pellat, *Textes sur la dot*, 1853, p. 1 sq.

(3) C. Th. III, 13, 4; C. J. V, 11, 16, 25, 29.

(4) *Bas.* I, p. 557, cf. *Bas.* XXIX, 1, 86; Heimbach, III, p. 430.

(5) I, 3.

(6) C. J. IV, 32, 3.

(7) Nov. 136, ch. 4.

(8) D. XXII, 1, 30.

exception avait été introduite par une loi (1). On incline plutôt à penser que cette exception est l'exemple qui semblait promis par notre texte, et aussi par le Digeste (2), d'une convention confirmée par un sénatus-consulte resté inconnu pour nous (3).

Le quatrième exemple de convention légitime apporté par l'auteur de la *Meditatio*, — toujours d'accord avec Stéphane (4), — est celui d'une convention *de pignore* sanctionnée par « l'action servienne, même si la convention est tacite ». Ici, l'exégète éprouve quelque embarras. La convention d'hypothèque fut sanctionnée à Rome, non par une loi, mais par le préteur. Comment peut-on donner le pacte d'hypothèque comme un exemple de pacte confirmé par une loi ou un sénatus-consulte ou une constitution impériale? Notre auteur évidemment s'abrite sous l'autorité de Stéphane, à ses yeux décisive. Mais comment expliquer le langage de Stéphane? Langage d'autant plus surprenant que Stéphane saura très bien nous dire ailleurs et sans ambages qu'il n'y a pas eu de loi pour sanctionner le pacte d'hypothèque, et que c'est le préteur qui a créé l'action hypothécaire (5). Peut-être le juriste du VI^e siècle a-t-il été incité à parler comme il a fait par l'arrangement qu'ont apporté les compilateurs à un texte de Paul, le fragment 17 § 2, D. II, 14. Les compilateurs voulaient utiliser ce texte pour illustrer la maxime placée, dans la loi 6, D. h. t., sous le nom du même jurisconsulte : *Interdum ex pacto actio*

(1) *Bas.*, I, p. 565 : ἐξαινο γὰρ ἰδιωτῶν νομίμου ἐστίν.

(2) I, pr. ; cf. D., II, 14, 6.

(3) Cf. Ferrini, *Mélanges P. Seralini*, 1892, p. 29-32. A. Fabre, *Rationalia in Pandectas*, Lyon, 1659, I, p. 167 : *Hujusmodi tamen pactorum senatusconsulto aliquo confirmatorum nullum extat in libris nostris.*

(4) *Bas.*, I, p. 557.

(5) *Bas.*, I, p. 586, Sch. 'Τινὰς... : τὸ πάκτον συνίστησι τὴν ὑποθηκαίαν, ἐπειδὴ καὶ μὴ νόμος ἰδιωτῶν, ἀλλ' οὖν ὁ πραιτωρ ἰδιωτῶν τὸ περὶ ταύτης ἐχώρωσε σύμφωνον.

nascitur vel tollitur. Or, Paul, dans le passage d'où les compilateurs tiraient la loi 17, fournissait bien un exemple d'action écartée *ipso jure* (1) et un exemple d'action écartée *exceptionis ope* (2), mais d'exemple d'action née d'un pacte, Paul n'en fournissait pas. Et comme les compilateurs, si légers que fussent leurs scrupules historiques, ne pouvaient pas faire citer par Paul des conventions munies d'actions par les empereurs du Bas-Empire, ils cherchèrent et trouvèrent dans les commentaires de Paul *ad Edictum* la phrase : *de pignore jure honorario nascitur ex pacto actio*, et ils l'insérèrent entre les mots : *item furti* et *tollitur per exceptionem* (3). A la vérité, ce n'est plus ici la loi qui confirme la convention, c'est l'Édit. Mais l'Édit perpétuel ne devait-il pas avoir pour aboutissant logique la confusion du droit civil et du droit prétorien ? Dès le temps d'Hadrien, l'œuvre de Julien prenait déjà quelque chose de la fixité du droit civil, puisqu'un sénatus-consulte (4) ordonnait aux magistrats d'y conformer désormais leurs propres édits (5). Et s'il est vrai que la différence entre le droit civil et le droit honoraire, a subsisté, il est vrai aussi que cette différence s'atténue graduellement et que,

(1) D., II, 14, 17, 1 : *Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur ut injuriarum, item furti*.

(2) D., II, 14, 17, 2 : *... Tollitur autem per exceptionem quoties paciscor ne petam*.

(3) Cf. Manenti, *op. cit.*, VIII, p. 106.

(4) Const. Tanta, 18 et Const. Δέδωκεν, 18. Sur les mots de cette dernière constitution : κατὰ τὸν λόγον, ὃν ἐν κοινῇ διεξήλθεν ('Αἰσιανός) ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρως Πρώτης, on lira dans Girard, *Mélanges de droit romain*, Paris, 1912, I, p. 226 d'intéressantes observations. Cf. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², Leipzig, 1912, p. 94, n. 8 et 9.

(5) Sur la portée du sénatus-consulte on discute. V. Boulard, *Salvius Julianus*, 1902, p. 39, n. 5; Accarias, *Précis de droit romain*⁴, 1886, p. 54; Ed. Cuq, *Mémoire sur le consilium principis*, 1884, p. 330, et *Dictionnaire des antiquités* de Daremberg et Saglio, v^o *Honorarium jus*; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 1885, I, p. 629; Girard, *Manuel*², p. 53; *Mélanges*, I, p. 241, etc.

pratiquement, au ^{vi} siècle, elle tend à disparaître entièrement. On conçoit donc que Stéphane ait cru pouvoir, sans d'ailleurs ignorer l'origine de l'action hypothécaire (1), donner comme exemple de convention légitime le pacte d'hypothèque. Au Digeste on trouve, sous le nom de loi, des règles venues de l'Édit (2).

Le dernier exemple de convention légitime que donne notre auteur est celui de la convention de donner. Une constitution célèbre de Justinien, promulguée à Constantinople en 531, rendit la convention de donner obligatoire (3). Le mot *σφύρα* et les mots *εἰδὼς ὅτι ὁ δωρεῶν* marquaient, chez Stéphane, l'intention de souligner ce que la *condictio ex lege* attachée au pacte de donation avait de récent. Assurément notre auteur aurait pu, historien plus exact et copiste moins scrupuleux, laisser tomber le mot *σφύρα*.

Après les conventions légitimes créatrices d'actions, viennent les conventions légitimes (*pactiones legitima*) qui éteignent *ipso jure* certaines actions (4). Ce sont là, écrit notre auteur, des pactes confirmés par des lois spéciales, *ὑπὸ ἐδικῶν νόμων καταρτίζοντα* (5). Et il cite les pactes faisant remise des actions *furti* et *injuriarum* (6). Nous sommes ainsi reportés à la loi des XII Tables dans laquelle on lisait (7) : *Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt*

(1) V. *suprà*, p. 482, n. 5 et *infra*, p. 489, n. 1.

(2) V. D., XXXVIII, 8, 1, 2; cf. Noodt, *opp.* I, p. 428; Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, éd. Seckel, 1907, *vo* *lex*. Quant à croire avec R. Heski, *Alcune note alla significazione della parola lex* (dans *Bull. d. ist. d. dir. Rom.*, XV, p. 169-199) que la *lex* de la loi 1, § 2, D., 38, 8 soit la loi Cincia, cela paraît vraiment trop difficile.

(3) C. J., VIII, 53 (54), 35, § 5; Inst., II, 7, 2.

(4) I, pr.

(5) I, 4.

(6) I, 3a.

(7) Tab. I, 6, 7. Ces fragments 6 et 7 ont donné lieu à de nombreuses conjectures et corrections qu'on trouvera indiquées presque toutes dans l'ouvrage classique de Dirksen : *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der zwölf Tafelfragmente*, Leipzig, 1824, I, p. 168 et *sup.*

Les conventions du droit des gens de la troisième catégorie sont toutes celles qui ne rentrent pas dans les deux premières catégories. Stéphane et notre auteur appellent ces conventions des pactes nus (1). On voit donc que, pour le rédacteur de la *Meditatio*, la dénomination *pacte nu* a des limites bien arrêtées. D'une part elle ne s'appliquera pas aux contrats — là-dessus aucun dissentiment ni à Rome, ni à Byzance, ni ailleurs; — d'autre part elle ne s'appliquera pas aux conventions isolées qui, tout en étant munies d'actions, n'ont pas reçu le nom de contrat (2), et sur le second point, notre auteur, comme on le verra plus bas, ne sera d'accord ni avec tous les juristes byzantins, ni avec tous les romanistes d'Occident (3).

•°•

Qu'est-ce donc que le pacte nu?

D'après la *Meditatio* et par définition légale (4), c'est-à-dire d'après le Digeste et les Basiliques, sont pactes nus toutes les conventions, hormis les conventions dites légitimes et les contrats. D'où il suit que l'étiquette *pacte nu* recouvre deux catégories de pactes, τὸ νοῦδον ἥτοι ψιλὸν πάκτον διπλοῦν ἐστὶ (5).

Accarias, *Théorie des contrats innommés*, 1873, p. 17) de la prestation unilatérale et acceptée qui transforme la convention synallagmatique en contrat innommé. Mais, pour être tout à fait exact, Zachariae aurait dû remarquer tout au moins que Stéphane, s'il se trompe en effet, se corrige presque aussitôt, et, *Bas.*, I, p. 560, écrit, avec une exactitude parfaite, qu'il n'y a pas *causa* si l'une des parties n'a pas fait une dation préalable *ad dandum vel faciendum*. C'est seulement cette dernière notion de τῆς ἐξ ὁλοῦς αἰτίας qu'on trouve dans la *Meditatio*. Notre auteur n'est jamais tombé dans l'erreur que Stéphane a parfois commise et fait commettre.

(1) II, 2; V, 9, 35; cf. *Bas.*, I, p. 560 : Εἰπέ, ὅτι νοῦδον ἐστὶ πάκτον κ. τ. λ.

(2) I, pr.-3; II, 2.

(3) V. *infra*.

(4) V, 9; II, 3.

(5) V. 6. Cf. II, 3 : πάλιν οὖν ὑποδαίρεται καὶ τοῦτο (τὸ *nudum pactum*).

Première catégorie. — On rangera dans cette catégorie les pactes seulement sanctionnés par une exception (1). Pour de tels pactes il est vrai de dire, avec notre auteur et les Basiliques (2), qu'il serait contraire à toute l'économie du droit de leur attribuer un pouvoir générateur d'action. Les pactes dont il est ici question, ce sont le pacte de remise d'une dette contractuelle (3), et, d'une manière générale, tous les pactes, en y comprenant même les pactes adjoints après coup aux contrats ou quasi-contrats (4) de bonne foi. Et à propos des pactes adjoints *ex intervallo*, notre auteur observe qu'ils sont ou des pactes *extra naturam contractus* (5), ou des pactes *secundum naturam contractus* (6).

Deuxième catégorie. — A cette catégorie (7) appartiennent les pactes adjoints *in continenti* : τῶν γὰρ νούδων πάκτων εἰσὶ τὰ ἐξ χρονιέντι (8). Parmi ces pactes, notre auteur distingue également les pactes *extra naturam contractus* (9) et les pactes *secundum naturam contractus* (10). En outre, il accorde une particulière attention au pacte qui est conclu *re nondum secula*, pacte qui, en réalité, est le plus souvent un pacte *ex intervallo*, mais qui est réputé être toujours un pacte *in continenti*, comme l'explique, après Stéphane, l'auteur de la *Meditatio* : τὸ μεταγενέστερον πάκτων *integra re* γεγεννημένον... *ex continenti* γεγενῆσθαι νομιζόμενον ἔλυσε τὸ συνάλλεσθαι (11).

(1) II, 3, 4; III, pr. 3-5; V, 3, 5, 7, 35; VI, 9, 13, 15.

(2) II, 4. Cf. *Bas.*, I, p. 560.

(3) II, 3; IV, 2.

(4) II, 4; IV, 2; V, 11.

(5) IV, 4. V. *infra*, p. 493 et 508.

(6) VI, 23.

(7) IV, pr. : τὸ ἕτερον τῆς διαίρεσεως τῶν νούδων πάκτων....

(8) V, 1. Cf. V, 9, 10; VI, 14, 15.

(9) V, 13.

(10) VI, 23; VII, 13. V. *infra*.

(11) V, 19.

Nous avons énuméré les conventions dans lesquelles la *Meditatio* voit des pactes nus. Faut-il faire entrer dans cette énumération les conventions que les interprètes ont appelées pactes prétoriens? Si l'on se reporte aux nombreux paragraphes déjà cités, donnant les divisions et subdivisions des pactes nus, et notamment au § 9 du titre V, d'après lequel sont nues toutes les conventions qui ne sont ni des contrats ni des pactes confirmés par une loi ou un sénatus-consulte, on sera tenté de répondre affirmativement. Et cependant nous estimons, pour les raisons déjà exposées à propos de la convention *de pignore* (1), que l'auteur de la *Meditatio* devait ranger les *pacta praetoria* parmi les conventions légitimes. A la vérité il ne s'est pas expliqué là-dessus, mais parce qu'il jugeait superflue, après ce qu'il avait déjà dit du pacte d'hypothèque, une explication relative aux pactes de serment et aux autres pactes prétoriens. D'ailleurs, après les grandes réformes de Justinien sur le pacte de constitut et le *receptum argentariorum*, ce n'est point forcer le sens de l'expression *conventio legitima* que de l'appliquer au constitut *ex jure novo* (2).



Examinons maintenant les hypothèses de pactes nus prévues par notre auteur.

A la première catégorie (3), celle des pactes nus *ex intervallo*, lesquels engendrent seulement une exception (4), la *Meditatio* rattache les pactes suivants :

(1) V. *suprà*, p. 484.

(2) V. C. J., IV, 28, 2. — Ce qui n'empêche pas d'ailleurs Stéphane, V. *Bas.*, I, p. 560, l. 8, de reconnaître l'origine prétorienne de l'action *constitutae pecuniae*. Cf. p. 482, n. 5.

(3) V. *suprà*, p. 481, n. 2.

(4) Cf. III, 4; IV, 2.

a) Le pacte de remise d'une dette non délictuelle. Ce pacte est trop connu pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter (1).

b) Le pacte ayant pour objet la restitution, *solutio matrimonii*, mais avant le temps où elle est légalement obligatoire, des choses dotales qui se comptent, se pèsent ou se mesurent (2). Pour l'époque classique l'hypothèse se construit aisément : on sait que, dans le cas de divorce ou de prédécès du mari, la dot doit être, en règle, restituée, et que, s'il s'agit de choses *quae pondere, numero, mensura constant*, la restitution a lieu en trois annuités (3). Mais rien n'empêchait de convenir, *in dote danda* ou même *constante matrimonio* (4), d'une restitution immédiatement consécutive à la rupture du mariage (5). Une telle convention pouvait intervenir aussi après la dissolution du mariage (6) : c'est le cas prévu dans la *Meditatio*. Mais il est clair que cette convention ne produisait pas alors d'action contre le mari : *pactum non valebit*, écrivait Ulpien, *ne ex pacto actio nascatur* (7). — Au VI^e siècle et dans le droit postérieur, l'hypothèse pratique n'est plus tout à fait celle sur laquelle raisonne l'auteur de la *Meditatio* : Justinien a généralisé l'obligation de restituer, il a substitué le délai d'un an aux trois annuités, et étendu, sans beaucoup de raison, ce délai à l'obligation de restituer n'importe quelle chose

(1) II, 3.

(2) II, 3, 4; IV, 2, cf. *Bas.*, I, p. 601.

(3) Ulp. Reg., VI, 8, 10. Cf. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 374; Bynkershoek, *Obser. juris romani*, VII, 19, édit. Vicat, 1761, I, p. 227.

(4) *Bas.*, I, p. 603, sch. *Ἔτιον* : ... ἐν τῇ ἐπιδόσει τῆς προκοῆς ἢ ἐν ὅλῃ τῇ καταβολῇ τῶν γάμων. Cf. p. 491, n. 5.

(5) Ulp. Reg., VI, 8; C. I, II, 3, 16; *Epit. legum*, XI, 3; *Proch. auctum*, XXI, 1.

(6) L. 7, § 5, D. II, 14 : ut puta post divortium convenit ne tempore statuto dilationis res reddatur, sed statim. Cf. L. 27, § 2, D. h. t.; *Bas.*, I, p. 603 et Bechmann, *op. cit.*, II, p. 394.

(7) Cf. III, 5.

dotale mobilière (1). Pourquoi notre auteur n'a-t-il pas choisi l'hypothèse pratique à son époque? Sans doute parce qu'il suivait docilement le commentaire de Stéphane, qui, pour commenter un texte du droit ancien (2), n'avait voulu considérer que le système de l'ancien droit. Le scholiaste d'Harménopule — peut-être Harménopule lui-même (3), — copiste moins servile, écrit plus exactement (4) : « C'est la loi que les choses dotales soient restituées après un an. Mais si, le mariage étant dissous, la femme convient que ses meubles dotaux seront aussitôt rendus, cette convention ne l'aide en rien, n'ayant pas été faite *initio contractus*, διὰ τὸ μὴ ἐν ἀρχῇ γενέσθαι τοῦ συναλλάγματος » (5). Et, pour éviter toute équivoque, le scholiaste ajoute : « Si au contraire la femme convient que même l'immeuble dotal sera restitué *post annum*, le pacte servira au mari » (6).

c) Le pacte ayant pour objet de majorer les intérêts dus *ex tutela* par un tuteur à son pupille (7).

On sait que ces intérêts couraient de plein droit et qu'ils étaient calculés *ex more regionis*. On conçoit que, *finita tutela*, le tuteur, ne pouvant pas payer immédiatement les sommes qu'il doit *ex tutela*, s'entende avec son ancien pupille, et que d'un commun accord les inté-

(1) C. J., V, 12, 1. — On lit *Bas.*, I, 603, sch. 15 : φύσις ἐστὶ τῆς προκῆς τὸ μετ' ἐνιαυτὸν τὰ κινητὰ στρέφεσθαι. Cf. *infra*.

(2) L. 27, § 2, D., II, 14.

(3) Cf. H. Monnier : *La Novelle L de Léon le Sage et l'insinuation des donations*, Paris, 1912, p. 46, n. 6.

(4) V. *Manuale legum sive Hexabiblos*, éd. Gustave-Ernest Heimbach, p. 126, *in fine*. Cf. *Bas.*, I, p. 603.

(5) Sur ce qu'il faut entendre par l'*initium contractus* : Stéphane écrit, *Bas.*, I, p. 561, l. 9 : ἀρχὴν δὲ λέγω τοῦ συναλλάγματος πάντα τὸν τοῦ γάμου καιρὸν. Voy. aussi, la scholie récente : *Bas.*, I, p. 603 : οἷον νεαρῶς. L'idée, c'est que le pacte est fait *initio contractus*, s'il est fait avant l'ouverture de l'action *de dote*. Cf. p. 490, n. 4.

(6) Συμβάλλεται τοῦτο τῷ ἀνδρὶ.

(7) L. 7, § 5, D. II, 14; L. 7, § 10, D. xxvi, 7. Cf. *Bas.*, I, p. 541, l. 16; I, p. 564, l. 13.

rêts soient portés à un taux plus élevé(1). Mais si les parties se sont bornées à un simple pacte, c'est en vain que l'ex-pupille prétendrait obtenir le supplément d'intérêts promis en intentant l'*actio tutelae* qui sanctionne le quasi-contrat de tutelle. Le nomothète (Stéphane) et notre auteur lui diront que le pacte n'étant pas contemporain du quasi-contrat (2), l'*actio tutelae* ne peut servir de rien. Soutenir le contraire, ce serait soutenir que d'un pacte nu peut naître une action. Or c'est là une proposition dont le maître oecuménique proclame de toutes ses forces l'absurdité, et qui est contraire, dit-il, à toute l'économie des lois.

A ces exemples de pactes nus s'en ajoutent d'autres (3) que notre auteur donna le lendemain du jour où il avait commencé son exposé (4). Ces nouveaux exemples, plus tard reproduits avec quelques développements dans les scholies du *Promptuarium* d'Harménopule (5), les voici en peu de mots :

a) Le vendeur est, en droit commun, tenu de fournir la *cautio duplae* pour le cas d'éviction, mais cette *cautio* est une *nuda repromissio*. Donc le pacte *ex intervallo*

(1) *Bas.*, I, p. 566, l. 3 : μεζονας (τόκους) δὲ τῶν κατὰ κλίμα συχναζόντων.

(2) *Bas.*, I, p. 561 Ἐπειδὴ μὴ ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος ἦτοι ὡσανεὶ συναλλάγματος τὸ πάστον ἐγένετο.... Stéphane fait ici une observation analogue à celle qu'il a faite pour la dot : l'*initium* du quasi-contrat c'est tout le temps de la tutelle : ἀρχὴν δὲ λέγω τοῦ ὡσανεὶ συναλλάγματος πάντα τὸν τῆς ἡμέρας καιρόν. D'où les scholiastes tirent cette conséquence : si le pupille a fait, encore *in pupillari aetate*, un pacte, *ut maiores usuras acciperet*, ce pacte donne comme une *nova lex* à l'action *tutelae*. Cf. *Bas.*, I, p. 603, Sch. Οἷον : ὥρισται τοῖς νόμοις ὁποῖους τόκοις γὰρ τὸν ἐπὶ τροπὸν διδόναι τῷ ἀνέκτῳ. Ἐὰν δὲ ὁ πούπυλλος συμφωνήσῃ μεζονας τῶν διατεταγμένων λαβεῖν, εἰ μὲν ἔτι νήπιος ὢν συμφωνήσῃ, ἔρρωται τὸ σύμφωνον. Τικτομένη γὰρ αὐτῷ μετὰ τὴν ἡβήην ἢ τοῦτέλαι εὐρήσῃ τὸ σύμφωνον ἥδη γενόμενον καὶ μεταμορφεῖται δὲ αὐτοῦ καὶ καλῶς ἀπαιτεῖ τὸν βαρύτερα τὸν τόκον. Cf. la Glose sur la loi 7, § 5, D. II, 14, et Cujas, opp. 1780, VIII, p. 639, *in fine*.

(3) IV, 4.

(4) III, Pr.

(5) Cf. Harménopule, *op. cit.*, p. 126 et 790.

conclu pour obliger le vendeur à fournir un fidéjusseur est un pacte nu *extra naturam contractus* (1).

b) Il en sera de même si l'on convient, par pacte postérieur, entre déposant et dépositaire que ce dernier sera tenu de sa négligence, bien qu'en droit commun il ne soit responsable que de sa faute lourde ou de son dol.

c) Il en sera encore de même si, entre commodant et commodataire, on convient *ex intervallo* que ce dernier répondra des cas fortuits (2).

Dans toutes ces hypothèses on tente de juxtaposer à l'obligation du droit commun une autre obligation. Stéphane disait très nettement que les Prudents (οἱ σοφοί) avaient originairement fixé pour chaque contrat une nature propre, et que si l'on s'en tenait à cette nature propre, le dépositaire ne répondait pas de sa faute, ni le commodataire des cas fortuits (3).

εἰς

Venons aux pactes nus de la seconde catégorie : τὸ ἕτερον τῆς διαιρέσεως τῶν νούθων πάκτων (4).

Ces pactes sont les pactes adjoints *in continenti*. Une technique précise est contrainte d'y voir des pactes nus (5), puisque par définition légale (6-7) les *pacta in continenti adjecta* ne sont ni des conventions légitimes ni des contrats. Toutefois ce serait commettre une grave méprise que de les abaisser au niveau des pactes *ex intervallo*. Les pactes *in continenti* ont, lit-on dans la *Meditatio*, une autre nature

(1) V. *infra*, p. 508, n. 3.

(2) Cf. *Bas.*, I, p. 561.

(3) Cf. *Bas.*, I, p. 561, l. 42 et sqq. — V. *infra*.

(4) IV, pr.

(5) V. 9, 10.

(6) V. p. 481, n. 4.

(7) V. 9 : Νοῦθα οὖν ὥς ἀλλοῦς καὶ τὰ *ex continenti* καὶ εἰκότως. Cf. VI. 12-15.

et une autre *force* (1). Tandis que le pacte *ex intervallo* n'engendre qu'une exception, le pacte *in continenti* s'incorpore au contrat de bonne foi ; l'action qui sanctionne le contrat va sanctionner le pacte. En d'autres termes le pacte profite à l'*actor* : τῷ κινουμένῳ συμπέλλεται (2). Notre auteur déclare qu'il ne s'attardera pas à donner des exemples qui sont manifestes. On n'a, en effet, pour trouver de tels exemples tout proches, qu'à reprendre l'hypothèse déjà indiquée d'un pacte ayant pour objet l'engagement de fortifier par une *satisfactio* la *promissio duplae*. Fait *ex intervallo*, un tel pacte ne donne aucune action à l'acheteur ; fait *in continenti*, il lui donnera l'action *empti*.

Notre auteur s'attache spécialement (3) — πρὸς σαφένειαν, — à l'examen du pacte qui intervient *re nondum secuta* pour anéantir les obligations nées d'un contrat consensuel. On verra en effet plus tard que cet examen était nécessaire pour résoudre, par analogie, le litige à propos duquel la *Meditatio* avait été rédigée.

Rappelons d'abord les règles du droit ancien. Le pacte en question consistait en ceci : un contrat consensuel (4) a été conclu, mais aucun des contractants ne l'a encore exécuté. Les choses étant donc, comme on dit, entières, les parties conviennent d'abandonner le contrat. Le pacte opère *ipso jure*. Si l'on suppose, par exemple, que le contrat est une vente, on dira avec Pomponius : *Conventione nostra infecta fit emptio* (5).

(1) V, 9 : ἐτέρας φύσεις καὶ ἰσχύος.

(2) V, 5.

(3) V, 18, 35.

(4) Inst. III, 29, 4.... Si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, re non secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendant. Cf. Théophile, *Paraphrasis graeca*, cod. tit., édit. Ferrini, p. 381.

(5) L. 2, D., xviii, 5. On trouve aussi les expressions *abire ab emptione*,

Ce que le simple accord avait créé, le simple accord en sens inverse le dissout : *quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (1). Le contrat disparaît comme s'il n'avait jamais été passé (2). Tel est l'effet de ce que les interprètes ont appelé : mutuel dissentiment, *mutuus dissensus*, et les juriconsultes Romains : *dissensus contrarius* (3), *dissensus* (4), *contraria voluntas* (5), *nuda voluntas* (6), *nudus consensus* (7). Il n'y a pas lieu ici, comme dans la *nexi liberatio* ou l'acceptilation, de parler de *solutio imaginaria* (8). Les obligations tirées du contrat consensuel s'éteignent parce que les parties reviennent, comme on leur permet de le faire, sur la volonté qui a créé les obligations (9). Bechmann (10) objecte qu'une déclaration de volonté est un fait, et que rien ne peut empêcher qu'elle ait eu lieu. Il est vrai. Mais le droit peut la traiter comme si elle n'avait pas eu lieu, et c'est ainsi que la traite le droit romain.

On a supposé les choses entières, c'est-à-dire le *contrarius consensus* intervenu *antequam res fuerit secuta* (11). Les juristes romains allèrent plus loin. Invo-

discedere, recedere, dissolvere. V. LL. 7, § 6, D. II, 14; 6, § 2, 72, D. XVIII, 1; L. 5, D. XVIII, 5; L. 35, D. L., 17; L. 1, 2, C. J. IV, 45. Cf. Accarias, *op. cit.*, II, p. 383, n. 2.

(1) LL. 35, 100, 153, D., L. 17; *Bas.*, II, 3, 10. Cf. Stéphane, I, p. 566 : διαθesis συνέστησε τὸ συνάλλαγμα καὶ διαθesis ἔλυσε.

(2) *Bas.*, I, p. 637, sch., ἐπὶ τῆς (Stéphane) : οὕτως ἐστίν, ὥστε μήτε γεγονὸς τὴν ἀρχὴν συνάλλαγμα... Et *Bas.*, I, p. 565 : δοκεῖ τὸ συνάλλαγμα ὥσπερ νοῦατ' ἐσθαι. Cf. *Bas.*, I, p. 568, sch. Εἰ γὰρ καί.

(3) D., XLVI, 3, 80.

(4) D., XVII, 2, 65 § 3.

(5) Inst., III, 29, 4; L., 3, D., XVIII, 5.

(6) C. J., IV, 45, 1.

(7) LL. 35, D., L. 17; 5 § 1, D., XVIII, 5. Les Grecs disent : ἐναντία βούλησις. Cf. Théoph. édit. Ferrini, p. 381, διχόνοια, *Bas.*, II, p. 773, etc.

(8) Gai. III, 169, 173.

(9) Cf. Leist, *Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakt.*, 1876, p. 6, sq.

(10) *System des Kaufes nach gemeinem Recht*, 1884, I, p. 471.

(11) L. 3, 5 § 1, D., XVIII, 1.

quant le caractère de bonne foi du contrat et de la convention qui l'a suivi, *quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit* (1), Ariston fit prévaloir l'idée qu'il serait équitable de donner effet au mutuel dissentiment quand un des contractants, ayant seul exécuté son obligation, serait en mesure de restituer et qu'il restituerait en effet ce qu'il avait reçu pour, d'un commun accord, rétablir les choses en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation du contrat (2-3).

C'est seulement quand ce rétablissement est impossible ou que le contrat a été exécuté des deux côtés qu'il est trop tard pour user du mutuel dissentiment. On peut faire un nouveau contrat, mais non plus libérer les contractants d'obligations déjà remplies.

Ordinairement les contractants n'abandonneront *contrario consensu* le contrat conclu que pour lui en substituer un autre. Si c'est une vente, les parties l'abandonnent et la remplacent par une autre : *Discessimus a priore actione*, disait encore Pomponius, *atque ita consistit posterior emptio quasi nulla praecesserit* (4). Le sens pratique et les textes nous avertissent que souvent le contrat nouveau ne différera de l'ancien que par une simple modification dans l'objet ou le prix, par la suppression d'une condition, l'adjonction de charges accessoires. Mais comme le pacte nouveau se suffit à lui-même, et qu'une juste analyse y trouve aisément la double

(1) L. 58, D., II, 14 (Neratius). Cf. P. Van Welter, *Pandectes*, Paris, 1910, IV, p. 428. — On reviendra plus tard, en discutant l'espèce litigieuse à propos de laquelle fut rédigée la *Meditatio*, sur cette loi 58 de Neratius.

(2) Ariston invoquait la bonne foi et non pas la logique. Il est clair, en effet, que le raisonnement juridique ne permettait pas de conclure de la restitution de l'objet prêté à la résurrection de la créance éteinte par la prestation. Cf. Girard, *Manuel* ⁵, p. 717, n. 3.

(3) Cf. *Bas.*, XI, 1, 57, et la sch. ἐπὶ τῆς.

(4) L. 2, D., xviii, 5. Cf. Stéphane, *Bas.*, I, p. 567, l. 3 et sqq.

volonté d'abandonner le premier contrat pour lui en substituer un autre (1-2), on comprend que les Romains aient encore admis, en de telles hypothèses, l'application des règles du mutuel dissentiment : *Si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodam modo quasi renovatus contractus videatur* (3).

Est-ce à dire que toute convention modificative intervenue *rebus integris* doive être considérée comme un *mutuus dissensus* et en produire les effets (4)? Non, certes. Souvent la convention n'aura que les effets ordinaires d'un pacte adjoint; en d'autres termes, si elle est faite *in continenti*, elle s'incorporera au contrat, et si elle est faite *ex intervallo*, même *detrahens aliquid* (pour parler comme Papinien) (5), elle produira une simple exception (6). Il serait, en effet, déraisonnable d'interpréter toujours et aveuglément la volonté des parties dans le sens d'un anéantissement du contrat déjà passé. D'où

(1) Les deux volontés se subordonnent; donc, point de nouveau contrat si le premier n'existe pas ou si le nouveau contrat est seulement conditionnel, L. 7, D., xviii, 5.

(2) *Bas.*, XIX, 1, 72 (Suppl. Zach., p. 200) : εἰ δὲ πάντων ἀνεπαίων ὄντων δοξῇ ἀξιοθῆναι ἢ μειωθῆναι τὸ τίμημα δοξοῦσι λύειν τὴν προτέραν πρᾶσιν καὶ νέαν ποιεῖν. Cf. *Bas.*, XI, 1, c. 7, th. 2... ἔξεστι καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

(3) L. 7, § 6, D., II, 14.

(4) L. 13, C. II, 3 : In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit si ex continenti fiat : nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. Cf. L. 7, § 5, D., II, 14.

(5) L. 72, D., xviii, 1.

(6) *Bas.*, XI, 1, 7, th. 2 : μόνον γὰρ τὰ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα τοιοῦτα τὰς ἀγωγὰς. — Il ne faut pas argumenter des premiers mots de la loi 72, D., xviii, 1 : *Quæ postea facta detrahunt aliquid contineri contractui videntur*, pour soutenir que le *pactum detrahens* opère *ipso jure* : Papinien veut simplement dire que l'*exceptio pacti* n'aura pas besoin, pour être invoquée *in judicio* contre le demandeur, d'avoir été insérée dans la formule : *bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt*, L. 3, D., xviii, 5. — V. *infra*, p. 502, n. 1. Cf. Cujas, *Observ. et Emendationum*, lib. XIV, 28; Merillius, *Variant., ex Cujacio*, XXV, dans les *Opera Cujacii*, éd. Venise, 1758, III, p. 804; Noodt, *De pactis*, éd. cit., p. 421; Girard, *Manuel*, p. 509, n. 2. — Voir pourtant Van Wetter, *Pandectes*, 1910, IV, p. 277, n. 4.

notamment cette conséquence : le pacte simplement productif d'exception pourra être détruit par un second pacte qui rendra au contrat les pleins effets dont le premier l'avait privé : *posterius pactum potest renovare priorem contractum* (1).

Veut-on des exemples?

Une vente a été faite avec une alternative. Le vendeur livrera *togam aut lancem*. Puis les choses étant, entières, on convient de supprimer l'alternative. La *toga* reste seule *in obligatione*. Ulpien nous dit que la vente subsiste ainsi réduite (2). Plus généralement, une vente subsistera après que les parties seront convenues, par pacte postérieur, de diminuer la quantité ou l'étendue de la *res empti* sans rien changer au prix (3), ou encore quand les parties seront convenues que la *cautio duplae* ne sera pas fournie (4). Il faudrait de très formelles précisions dans le pacte conclu après la vente pour appliquer ici les règles du *mutuus dissensus*.

Au contraire, il est des cas où les juristes ont jugé soit utile, soit même nécessaire, de voir dans la convention subséquente un contrat nouveau (5), et cela, parce que la volonté des parties s'interprétait naturellement ou forcément en ce sens, qu'elle suggérait ou imposait cette construction juridique (6). Ainsi : on a changé complètement la *res vendita*, on a ajouté des obligations accessoires aux obligations normales des parties. Spécialement, dans ce second exemple, qui ne voit que, le plus souvent, on trahirait la volonté des parties en considérant la convention comme un simple pacte adjoint *ex intervallo*, pacte

(1) L. 27, § 2, D. II, 14. Cf. Paul, S. R., I, 2 et *Bas.*, I, p. 567.

(2) L. 4, D., xviii, 5.

(3) L. 27, § 2, D., II, 14. Cf. *Bas.*, I, p. 601. Cf. Παρὰ, XLV, 12, *infra*.

(4) L. 72, D., xviii, 1.

(5) Les Byzantins diront que le contrat prend une nouvelle nature ; *Bas.*, I, p. 566 : δευτέραν ὥσπερ αὐτῶν χρηζόμενοι φύσιν.

(6) L. 5, D., xviii, 5 : ... voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a negotio discedatur.

qui laisserait le bénéficiaire sans moyen direct d'agir? Exceptionnellement, cependant, il pourra arriver que la volonté des parties aura été de réserver au bénéficiaire exclusivement le moyen indirect de la rétention. En ce cas on s'en tiendra à l'idée d'un *pactum adjectum*. C'est ce que fait Papinien dans un texte bien connu et déjà cité, la loi 72, D., XVIII, 4.

Enfin, il y aura encore contrat nouveau si la convention postérieure a eu pour objet d'augmenter ou même de diminuer le prix. Paul est formel : *In omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur* (1). Est-ce à dire que cette solution s'impose même quand la volonté des parties apparaîtra nettement de conserver l'ancienne vente? On le soutient d'ordinaire, en disant que dans la vente le *pretium* doit être *certum*, et en invoquant ces mots de Papinien : *quoniam emptionis substantia constitit ex pretio* (2). Mais n'y a-t-il pas là une exagération? Le langage de Papinien n'est pas, il s'en faut, aussi net que celui de son annotateur Paul.

•°•

La construction juridique du *mutuus dissensus*, telle qu'on vient de l'exposer, est bien celle qui fut reçue par les constitutions impériales (3). Mais d'une part, les distinctions à établir entre la convention qui anéantit et remplace *ipso jure* l'ancien contrat, et le pacte qui, *jure exceptionis*, vient le modifier sans l'anéantir; d'autre

(1) L. 72, D., xviii, 4. Cf. L. 2, D., xviii, 1; *Bas.*, xix, 1, 72. Suppl., Zach., p. 200; *Πάρκα*, XLV, 12.

(2) Cf. Bechmann, *op. cit.*, p. 483-484.

(3) Cf. L. 1, 2, IV, 45; Inst. III, 8, 29. Cf. le Fragment d'Iudex attribué à Théophile cité p. 477, n. 1, l. 91-128 et *infra*, p. 500, n. 2.

part, les contradictions des auteurs classiques, qui tantôt rattachaient le mutuel dissentiment à la règle : *quae jure contrahuntur contrario jure pereunt*, et tantôt n'y voyaient qu'un double pacte *de non petendo* (1), tout cela dut jeter le trouble dans l'esprit des scholiastes (2). C'est pourquoi, pensant avec raison que le remède aux imperfections du *contrarius consensus* était dans la théorie des *pacta adjecta*, ils s'occupèrent de préciser et d'élargir le plus possible leur théorie. Ils firent admettre que le pacte adjoint serait réputé *in continenti* s'il était conclu dans les trois jours du contrat (3), et même qu'il serait réputé tel, si grand que fût l'intervalle de temps écoulé depuis le contrat, tant que les choses resteraient entières (4). C'était expliquer par un pacte adjoint *dans legem contractui* l'effet du *contrarius consensus*. En d'autres termes, c'était rattacher toute la théorie du *contrarius consensus* à la théorie des *pacta adjecta* et l'en faire dériver. Jadis, on expliquait d'ordinaire l'effet *ipso jure* que produisait le *contrarius consensus* en invoquant la règle : *quae jure contrahuntur contrario jure pereunt*, et maintenant, on rendra compte de cet effet *ipso jure* en mêlant à l'idée de mutuel dissentiment l'idée de la transformation qu'opère toujours et sans conteste le pacte *in continenti* dans les

(1) L. 5, pr., D., I, 5 (Julien); Cf. L. 3, D., xviii, 5.

(2) On remarquera dans le fragment d'Index de Théophile (?) signalé p. 477, n. 1, la protestation faite L. 106, sq., contre l'introduction de l'idée d'exception dans la théorie du *contrarius consensus* : καταχρηστικῶς δὲ παραγραφήν λέγω, ἐπεὶ *re nondum secuta* εἰς μέρος ὑπαναχώρησις μένεται... εἰ γὰρ *re nondum secuta* γέγονει πᾶντον, οὕτως ἐστὶν ἡ δευτέρα ὥνῃ ὥσαντι τῆς πρώτης οὐ γενομένης..... διὰ τοῦτο οὖν λέγω καταχρηστικῶς. Cet emploi que Théophile déclare abusif avait donc déjà lieu.

(3) V. Αἰ ῥόται, V, 2 (édit. Zachariae von Lingenthal, 1836) : τὸ *continenti* ῥῆμα τουτέστι τὸ παραγῆμα τρεῖς ἡμέρας σημάινει. Cf. Harménopule, *Prompt., App.* III, 38.

(4) V. 19 : ... φησὶν ὁ νομοθέτης.... τοῦτο τὸ μεταγενέστερον πᾶντον, *integra re* γεγεννημένον... *ex continenti* γεγενῆσθαι νομιζόμενον. Cf. Stéphane dans *Bas.*, I, p. 566, *in fine*.

contrats de bonne foi (1). Et on ne s'en tint pas là. Un texte d'Ulpien (2), dont on ne peut dire dans quelle mesure il a été retouché, mais qui a été certainement retouché par les compilateurs (3), suggéra aux Byzantins de distinguer entre la convention qui supprime purement et simplement le contrat déjà formé et la convention qui le remplace, entre la convention qui en augmente les obligations et celle qui les diminue (4-5).

Pour le cas de suppression pure et simple, l'effet du mutuel dissentiment restera l'extinction complète *ipso jure* (6) du contrat ancien. Il en sera de même pour les cas où le droit du demandeur est augmenté : l'ancien contrat est détruit et remplacé. Même règle encore, si l'on a augmenté ou diminué proportionnellement les obligations des deux parties (7). Mais s'il s'agit d'une diminution de l'obligation du défendeur, on se borne à donner à celui-ci une exception (8). Contrairement à toute logique, on laissait ici de côté la présomption que le pacte, quoique fait après coup, était *in continenti*, pour s'en tenir à la réalité et déclarer *ex intervallo* tout pacte fait μετὰ

(1) V. *Bas.*, I, p. 556, 566 *in fine*, II, p. 633, Harménopule, *op. cit.*, p. 125, etc.

(2) L. 7, § 6, D. II, 14.

(3) V. Pernice. *Z. der Sav. Stiftung*, 1888, p. 212; Perozzi, *Studi per Schupfer*, 1898, I, p. 177.

(4) Cette distinction est bien marquée, dans notre texte, V, 15 et 17 et mieux encore V, 33, 34.

(5) Dans la loi 7, § 6, D., II, 14, les *exceptiones ex pactionibus postea factis* naissent de *pacta minuentia* ou de pactes rétablissant la situation contractuelle en éliminant un pacte augmentatif antérieur. Cf. Rotondi dans *Bull. dell' Istituto di diritto romano*, 1911, xxii, p. 112.

(6) *Bas.*, I, p. 569 : ἀλλ' ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν γενομένη ὑπαναχώρησις *ipso jure* ἀναιρεῖ τὸ συνάλλαγμα, et encore, *ibid.*... εἰν παντελῶς ἀπείπωμεν τῇ αγορασίᾳ οὐ δύναται ἀνανεοῦσθαι ἢ προτέρᾳ δι' ἄλλου συμφώνου, ἀλλὰ δεῖ ὥσπερ ἐξ ἀρχῆς συμφορνεῖν.

(7) *Bas.*, I, p. 567, l. 15, *in fine* (Stéphane) et I, p. 568. Sch. Αἱ *ex intervallo* (Cyrille).

(8) *Bas.*, I, p. 600, XI, I, ch. 27, lh. 3 : εἰ γὰρ μερικὴ γέγονε μεμώσις, δύναται (ἡ ἀγοράσις) διὰ μεταγενέστερου συμφώνου ἀνανεοῦσθαι. Cf. *suprà*, n. 6.

τινα χρέον. Le pacte, en conséquence, ne fournissait qu'une exception.

Il est vrai que, le contrat étant de bonne foi, cette exception est sous-entendue dans le *judicium* (1). Mais cependant, autre chose est l'effet d'une exception sous-entendue dans l'action, autre chose est l'effet d'un pacte incorporé à un contrat. S'il n'y a plus grand intérêt, au point de vue de la procédure, à distinguer entre l'exception et le moyen de défense au fond (2), et si le langage des juristes byzantins prête là-dessus souvent à l'équivoque (3), il reste toujours vrai qu'un pacte nouveau peut détruire la simple exception née d'un pacte antérieur et rendre au contrat toute son énergie, tandis que rien ne peut faire revivre le contrat éteint *ipso jure*. Au reste ce n'est pas la question de procédure qui est le vrai souci de notre auteur. On ne peut se tenir de penser que, s'il insiste tant sur les effets d'un pacte extinctif ou modificatif survenant après coup *rebus integris*, c'est qu'il n'ignore pas le parti que les litigants veulent en tirer dans l'affaire dont il est l'un des juges. Il s'agit, en effet, dans ladite affaire, d'un contrat innommé suivi *ab intervallo* d'un pacte modificatif. Si la théorie du *contrarius consensus* n'est plus qu'une dérivation de la théorie des pactes adjoints aux contrats de bonne foi, il suit que la théorie du *contrarius consensus* pourra être étendue,

(1) *Bas.*, I, p. 565, sch. 8: Εἰώθαμεν γὰρ λέγειν ταῖς καλῇ πίστει ἀγωγαῖς ἤτοι τοῖς συναλλάγμασιν ἐνεῖναι καὶ ὥσπερ παρεμφυζέσθαι τὰ σύμφωνα. Cf. *supra*, p. 497, n. 6. *Bas.*, I, 568, 635, II, p. 26, etc.

(2) V. Bethmann-Hollweg, *Civilprocess, Justinianisch-römisches Recht*, § 23, et *Der römische Civilprocess*, III, 154.

(3) Stéphane, I, p. 566 appelle sans hésiter exceptions (τῶν δικαιολογιῶν ἤτοι παρὰγγραψῶν, αἷς οἱ ἐξοὶ προτείνουσι) aussi bien les moyens de défense qui contredisent directement l'*intentio* et en nient le bien-fondé initial (αἱ μὲν αὐτῇ μᾶλλοντι ἰντεντίονι, τὴν ἀρχὴν οὐ συστήναι αὐτὴν συγχωροῦσαι) que les moyens de défense (véritables exceptions) qui, en admettant l'*intentio*, en paralysent l'effet dans la condamnation (αἱ δὲ γίνονται μὲν τὴν ἰντεντίονα... ἀποθροῦνται δὲ τὴν κονδερνατίονα). V. *Bas.*, I, p. 603, sch. Ἀνάγνωθι τὸν παλαιόν.

mutatis mutandis, à tous les contrats de bonne foi. On l'étendra donc à tout contrat innommé non entièrement exécuté, moyennant le rétablissement aussi complet que possible de l'état de choses au moment de la formation du contrat.

Notre auteur, sachant quels moyens de défense invoquent les plaideurs, croit nécessaire, pour avertir les juges ses collègues et pour mettre de la clarté dans la délibération, πρὸς σαφήνειαν (1), d'exposer ce qu'il pense de la vraie doctrine des pactes, en l'illustrant par des exemples (2) et en la fortifiant par des citations.



Notre auteur prend d'abord l'exemple d'une suppression, ensuite il donne des exemples de modification par diminution et par augmentation d'une obligation née d'un contrat antérieur. Tous ces exemples sont empruntés à l'Index de Stéphane (3).

a) Le premier est celui-ci : une vente a été conclue, mais non exécutée. Les choses étant entières, les parties contractantes se rencontrent un jour, s'entretiennent du contrat encore entièrement inexécuté, et conviennent de l'abandonner (4). Le pacte est, comme on sait (5), réputé fait *in continenti*. Le contrat se déforme donc après s'être formé, le *contrarius consensus* l'anéantit. Si l'un des contractants agit ensuite en invoquant le contrat, il agit inutilement, ματὴν κινεῖ (6). Il sera repoussé par une exception inhérente au contrat (7), plus exactement par

(1) V, 18.

(2) V, 24 : διακρινήσουσι καὶ ἄμφοι ταῦτα οἱ πρόσφοροι θεματισμοί.

(3) *Bas.*, I, p. 566 sqq.

(4) V, 18.

(5) V, 19, 23.

(6) V, 21.

(7) V, 22, et *Bas.*, I, p. 566 (Stéphane) : καὶ ὁ νόμος οἶδεν αὐτὸν ἐκβεβλημένον διὰ τῆς κατὰ τὸ ἐνὸν ἐξεταζομένης παραγραφῆς. Pour Stéphane la loi

un moyen de défense qui contredit directement l'*intentio*. En d'autres termes, en nous rappelant que Stéphane appliquait le mot *παρρηγορη* au moyen de défense au fond (4), nous dirons que le demandeur sera repoussé *ipso jure* (2). De même que le pacte *in continenti* peut transformer l'action, de même il peut la détruire entièrement. Et c'est parce qu'il s'agit bien d'une extinction *ipso jure* que Stéphane cite en outre, comme produisant dans les contrats de droit strict une exception *intentioni repugnans*, la novation et l'acceptilation, qui sont certainement des modes d'extinction *ipso jure* (3).

b) Le second exemple est celui d'une convention intervenue pour modifier, par diminution, le prix ou l'objet de la vente (4). — Dans une première hypothèse (5) une personne a acheté mille amphores de vin pour cinquante nomismes. Les choses étant entières, c'est-à-dire le prix non versé, les amphores non livrées, l'acheteur, qui regrette son achat, convient avec son vendeur d'abaisser le prix à quarante nomismes. On a supposé qu'il n'y avait eu aucune exécution du contrat. Peut-être cependant y a-t-il eu un commencement d'exécution par livraison des amphores (6), mais, en ce cas, une restitution préalable des amphores ramenait à notre hypothèse (7). — Dans une seconde hypothèse, c'est le ven-

(ὁ νόμος) c'est la loi 7, D., II, 14, et pour notre auteur le *capitulum* correspondant des Basiliques, I, p. 564.

(1) V. *suprà*, p. 502, n. 3.

(2) Bas., I, p. 569: ἡ μὲν εἰς τὸ πᾶν γενομένη ὑπαναχώρησις *ipso jure* ἀναίρει τὸ συνάλλαγμα. Cf. Bas., I, p. 567, l. 24 *in fine*: ἀναίρεσθαι τὴν ἀγοράν.

(3) Bas., I, p. 566, l. 25: ἔννομαι λύσεις.

(4) V, 23, VI, 17. Cf. Bas., I, p. 567: ἡ ἐν μειώσει πράγματος ἢ τιμῆματος γίνεται.

(5) V, 25.

(6) V, 25. Cf. Bas., I, p. 567 (Stéphane): ἔτις μὲν τῶν κερμάτων καταβλήντων.

(7) V. *suprà*, p. 502.

deur qui est mécontent de la vente. Aussi est-il entendu avec l'acheteur que la quantité vendue sera diminuée : au lieu de mille amphores on en livrera seulement neuf cents.

Pour ces deux hypothèses il n'y a plus de comparaison possible avec l'acceptilation ou la novation, et, en effet, Stéphane n'en fait plus aucune. Si donc le contractant dont la créance a été réduite agit pour la créance totale, le vendeur pour cinquante nomismes, l'acheteur pour mille amphores, il actionne à tort, il agit mal (1), la poursuite n'aboutira pas. Mais pourquoi? Parce qu'une exception est opposée : παραγραφή γὰρ ἀντίκειται αὐτῷ (2). Notre auteur et Stéphane ajoutent, à la vérité, que cette exception est inhérente à l'action. Cela va de soi, puisque le contrat est de bonne foi (3). D'où il résulte que le défendeur n'a pas à redouter la règle qui ordonne d'invoquer l'exception au début du procès (4). Mais ici le procédé de défense reste une véritable exception qui écarte la condamnation sans combattre directement l'*intentio* (5) et qui, par conséquent, permet aux parties un retour par pacte contraire aux anciennes obligations (6). D'un trait rapide, Stéphane et notre auteur marquent bien la nuance, en rapprochant l'effet produit de celui d'un pacte *ex intervallo* ordinaire : « Il n'y a, disent-ils (7), rien d'étonnant à ce que

(1) V, 27 : κακῶς κινεῖ, κακῶς ποιεῖ.

(2) V, 27 : *Bas.*, I, p. 567 (Stéphane).

(3) Cf. p. 502, n. 1.

(4) L. 9, C. viii, 35 (36) *Bas.*, LI, 4, 25 : Ἡ peremptoria παραγραφή ἐν προομίοις (in primordio) ἀντιτίθεται. Cf. *Bas.*, XXII, 1, 53, Michel Attaliat, *Synopsis*, XIV, 8, etc. Il est vrai que le péril est peu redoutable, car le texte basilical ajoute : Ἐν δὲ παρέθῃ, καὶ ὥτω πρὸ ἀποφάσεως δύναται ἀντιταῖσθαι. Cf. Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden Römischen Rechts*, § 23, et *der Römische Civilprocess*, III, § 154 ; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 9^e edit. Krüger, I, p. 574 ; Wieding, *Der Justinianische Libellprocess*, 1865, p. 614.

(5) Cf. p. 502, n. 3.

(6) Cf. p. 501, n. 8.

(7) V, 29 et *Bas.*, I, p. 567, l. 28.

le pacte profite au *reus*, car les pactes *ex intervallo* lui profitent ».

c) Après les cas de diminution, voici des cas d'augmentation par pacte conclu *rebus integris*. Mais avant de les indiquer, notre auteur, copiant toujours Stéphane, fait une observation intéressante (1). S'il n'est pas surprenant que le pacte puisse profiter au défendeur, il est au contraire vraiment étonnant — *θαυμαστόν δὲ ὡς ἀληθῶς* -- que le pacte puisse souvent servir à l'*actor* par genèse (c'est-à-dire par transformation) de l'action.

D'où vient l'étonnement de Stéphane et de notre auteur?

C'est que tous deux se rendent bien compte qu'il y a quelque chose d'irrationnel à traiter le cas d'augmentation des obligations primitives autrement que le cas de diminution; qu'il est illogique de rattacher, en cas de diminution, l'effet du mutuel dissentiment à l'exception *pacti*, même si cette exception est réputée inhérente à l'action, tandis que, dans le cas d'augmentation, on fait découler l'effet du *contrarius consensus* de l'idée d'anéantissement du premier contrat qu'un second contrat est venu remplacer. Stéphane et notre auteur vont ainsi au-devant des objections qu'on pourrait élever contre eux, en reconnaissant, sans tergiverser, que la distinction est singulière et faite pour surprendre. Mais, cela reconnu, ils n'hésitent ni l'un ni l'autre à en tirer des décisions. Notre auteur, spécialement, hésite d'autant moins que ses décisions avaient, à son époque, pour elles, l'autorité des Basiliques, et sans doute aussi une jurisprudence bien assise. Voici, en effet, les exemples qu'il choisit, les empruntant à l'index de Stéphane.

Une vente a été faite de mille amphores de vin pour le prix de cinquante nomismes (3). Mais le contrat n'a été

(1) V, 39.

(2) Cf. *Bas.*, I, p. 567.

(3) V, 31. Cf. *Bas.*, I, p. 567, l. 33.

exécuté d'aucun côté : les parties en sont restées, dit le texte, au seul échange des consentements (1). En l'état, les contractants se mettent d'accord soit pour augmenter l'obligation du vendeur, lequel donnera onze cents amphores de vin au lieu de mille, soit pour augmenter l'obligation de l'acheteur, lequel payera soixante nomismes au lieu de cinquante. Quel sera l'effet du nouvel arrangement? Un nouveau contrat a pris la place du premier. Chaque intéressé a, non pas l'ancienne action qui est complètement transformée, ou, plus exactement, éteinte *ipso jure*, mais une nouvelle action : ἕκαστος ἔχει ἄλλαν ἀπαιτήσιν (2). Pour donner une forte idée de l'effet produit ici par le *contrarius consensus*, c'est à la novation qu'il faut le comparer : ἡ γὰρ *re nondum secuta* γινομένη ὑπαναχώρησις ἔσται νομάτιον ἥτις ἄλλος καταλύουσα χρέος συνίστησι ἕτερον (3).

L'auteur de la *Meditatio* a donc établi par des exemples appropriés fournis par le Nomothète lui-même, que tantôt le *contrarius consensus* opère *ipso jure* et tantôt seulement par voie d'exception. En bon juriste qu'il est, il voit bien le côté faible de sa doctrine, mais pour que ses collègues ne l'aperçoivent pas, d'un ton péremptoire il prodigue les affirmations : « Toute doctrine différente, nous dit-il, est mauvaise. C'est manifeste. Si quelques-uns ont une autre manière de voir, il n'est douteux pour personne que cette manière de voir est irrecevable ; la loi ne la connaît pas et il faut lui dénier tout effet » (4).



Mais l'auteur de la *Meditatio* avait, parmi les juges ses

(1) Μέχρι γὰρ συμφώνου ἔστι τὰ τῆς πράξεως.

(2) V, 32, 34. Cf. *Bas.*, I, p. 567 et encore *Bas.*, *cod. loc.* : μεταυποβάται ἡ ἀγωγή καὶ ἀναιρεῖται ἡ προτέρα, συνίστασθαι δὲ πῶς ἑτέρω δοκεῖ....

(3) *Bas.*, I, 567; Cf. *Med.*, V, 34.

(4) VI, 35.

collègues, un adversaire que les affirmations multipliées n'émouvaient guère, et qui, nous le verrons plus bas, portait sur toutes les parties des sciences morales un esprit pénétrant et des regards intrépides. Or, cet adversaire n'était pas convaincu, il riait, se gaussait (1). Contradictueur obstiné, non seulement il repoussait ce qu'on voulait lui faire entendre, mais encore il tenait pour un bavardage d'exégètes, pour une élaboration superflue et sans portée pratique, toutes les classifications et dénominations de pactes reproduites par notre auteur. C'est alors que celui-ci, piqué au vif, entreprend de justifier son exposé en citant les Basiliques.

Laissons de côté pour le moment ce que notre auteur commence par dire des lois en général et des contempteurs des lois (2) : il y a là quelques phrases qui, par le sentiment platonicien dont elles sont imprégnées, nous permettront peut-être plus tard de deviner qui a rédigé la *Meditatio*. Laissons de côté aussi, pour le moment, ce qui est dit de la *natura contractus* et de la définition des pactes nus. On reviendra bientôt sur tout cela (3). Ne retenons ici que la citation relative au *contrarius consensus*. Le texte des Basiliques invoqué par notre auteur (4) est un court fragment du *Capitulum* qui, dans la compilation de Léon le Sage (5), correspond à la loi 7 (d'Ulpien) du titre *de pactis* (6). Voici le texte :

"Ὅσα δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, πράγματα μὴ τυγχόντες, συμφωνεῖται, ταῦτα καὶ τῷ ἐνάρχοντι καὶ τῷ ἐναγομένῳ ὡς ἐνόντα συμβάλλεται· ἐπὶ τῇ γὰρ τῆς πράξεως καὶ τῆς ἀγο-

(1) VI, 1, sqq.; IV, 2.

(2) VI, 3.

(3) V. *infra*.

(4) VI, 17.

(5) I, p. 564; IX, 1, ch. 7, lh. 2.

(6) D., II, 14. On a déjà observé que le texte des Basiliques, pour le Digeste, vient du commentaire de l'Anonyme.

ρασίᾳς (1) καὶ [τῶν λοιπῶν καλῶς πίστει συναλλαγμάτων] (2), καὶ μετατυποῦν ἔξεστι καὶ ὑπαναχωρεῖν ἐκ συμφώνου τελείως καὶ μερικῶς.

La citation est arrêtée ici. Les mots καὶ τὰ ἔξῃς (3) nous avertissent que le texte basilical est plus long. Tel quel, le texte justifiait ce qui avait été dit du droit d'abandonner, *re nondum secuta*, en partie ou en totalité, une vente déjà conclue. Mais étant une reproduction fort abrégée dans ses termes et point assez fidèle quant au sens du fragment correspondant du Digeste, le texte basilical n'apportait pas un appui suffisant pour étayer la doctrine que notre auteur défendait et appliquait dans le cas de pacte diminutif. A la différence du texte latin, le texte grec ne met pas en relief la relation qu'Ulpien — ou plutôt les compilateurs — établissaient entre le *contrarius consensus* et la règle qui sous-entend l'exception dans les *judicia bonae fidei*. Aussi le contradicteur de notre juge niait-il que cette relation apparût (4). Et l'auteur de la *Meditatio* de répondre en renvoyant au Digeste : c'est dans les textes du Digeste qu'on trouvera sa pleine justification. Car si les Basiliques reproduisent les doctrines du Digeste, elles ne les reproduisent pas avec la même netteté, ni le même détail. C'est le Digeste qu'il faut lire pour que la pensée de la loi se révèle tout entière (5). Et saisissant l'occasion de parler de la vieille compilation, notre auteur trouve, pour en faire l'éloge, des termes qui ne sont pas sans noblesse, et des accents qui ne sont pas sans vigueur. Le Digeste, nous dit-il, est une école

(1) Les mots καὶ τῆς ἀγοράσις donnés par la *Meditatio*, manquent aux Basiliques, I, 564. Il faut les y insérer.

(2) Les mots entre crochets sont aux Basiliques et non dans la *Meditatio*. Mais l'omission dans ce dernier texte n'est pas évidemment intentionnelle : elle vient sans doute d'une distraction du copiste causée par la répétition, à une ligne d'intervalle, de la phrase καὶ καλῶς.

(3) Ibid., 564.

(4) Ibid., 25. καὶ οὐκ ἔστιν ὡς ἐν τῷ δέκτῳ.

(5) VI, 25, 26.

de beau langage, il est le plus riche trésor de substance juridique (1). Pour entendre aisément les *Basiliques*, on doit d'abord étudier les *Pandectes* (2). Ceux qui se bornent aux seules *Basiliques* risquent fort de s'y égarer (3), de se méprendre sur la doctrine qu'elles contiennent, sur les espèces qu'elles examinent. Quand les *Basiliques* leur sont favorables, ils les portent aux nues. Sont-elles défavorables, rien n'égale la pauvreté, l'obscurité de l'énorme compilation (4).

II. MONNIER, et G. PLATON,

Doyen

Bibliothécaire

à la Faculté de droit de Bordeaux.

(A suivre).

(1) VI, 26.

(2) VI, 27.

(3) Tit. VIII, 3, il est question des défilés des Basiliques.

(4) VI, 28.

LA

MEDITATIO DE NUDIS PACTIS

(Μελέτη περὶ φιλῶν συμβάσεων)

(Suite)

A plusieurs reprises l'auteur de la *Meditatio* écrit le mot φύσις (*natura*). Ici il veut examiner la nature des pactes (1), là il remarque qu'un pacte adjoint *in continenti* change la nature de l'action dans les *judicia bonae fidei* (2), ailleurs il cite des pactes *ex intervallo* qui sont *extra naturam contractus* (3), ou bien il note que l'on trouve aussi des pactes *extra naturam contractus* comme pactes *in continenti* (4). A propos d'une vente encore inexécutée par les deux parties contractantes et d'une phrase d'un *capitulum* basilical déjà cité (5) : ἐστὶ δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλήλατος, πράγματος καὶ σύχοντος συμβάσεται κ. τ. λ., notre auteur écrit (6) que les mots « *secundum naturam* » ont trait à tout ce qui est convenu en augmentation ou diminution de choses déjà convenues « : ce qui doit s'entendre (7) d'un pacte postérieur conclu, *re nondum secuta*, pour changer les clauses d'un

(1) III, 4.

(2) V, 4, 5, 6.

(3) IV, 4.

(4) V, 12, 13.

(5) Cf. *supra*, p. 502.

(6) VI, 23. Cf. VII, 13.

(7) Cf. VII, 13.

pacte antérieur dans le sens d'un retour aux effets réguliers de la vente (1).

Le lecteur nous pardonnera de retenir quelque peu son attention sur la *natura contractus* et sur les pactes adjoints conclus pour la modifier ou y ramener. Outre que la *natura contractus* et la *natura actionis* ont fait l'objet de travaux récents qui ne sont pas négligeables (2), il saute aux yeux qu'un commentaire de la *Meditatio* serait trop incomplet s'il ne contenait pas une explication des *pacta extra naturam* signalés par notre auteur.

Il est maintes fois question, dans les constitutions de Justinien, de la *natura* des institutions juridiques (3), et par exemple, de la *natura dotis* (4), de la *natura donationis* (5), de la *natura pecuniae constitutur* (6), de la

(1) Cf. *Bas.*, I, p. 601 (Stéphane): τὸ μεταγενέστερον πάντα ἐρρεῖσθαι παρασκευάζει τὰ πάλαι κρατοῦντα κατ' αὐτὴν τὴν τοῦ συναλλάγματος φύσιν.

(2) Il faut avant tout citer la belle et pénétrante étude de M. G. Rotondi : *Natura contractus*, parue dans le *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, 1911, XXIV, p. 1-515. On joindra les deux études de Longo : *Criterio giustiniano della natura actionis* dans les *Studi per V. Scialoja*, I, 607 (Milan, 1904) et *Natura actionis nelle fonti bizantine* dans le *Bull. di diritto romano*, 1905, XVII, p. 34-95. On joindra aussi les *Études historiques sur le droit de Justinien* de M. Collinet, Paris, 1912, I, p. 191-210. Ce dernier auteur écrit, p. 199 : « Il est probable... que les professeurs grecs ont subi l'influence diverse et profonde du plotinisme qui règne souverainement au v^e siècle. Il est vraisemblable qu'ils ont fait passer la *natura*, telle qu'elle était formulée par cette doctrine, de l'acte moral à l'acte juridique ». La remarque est juste et originale.

(3) Il en est même question dans plusieurs textes du Haut-Empire (voir ces textes rassemblés par Rotondi, *op. cit.*, p. 50-58), et notamment dans les lois 7, § 5, D. II, 14; 24, D. XVI, 3; 5, § 4, D. XIX, 5. — Mais M. Rotondi pense avec raison que la formule *natura contractus* a été, d'ordinaire, interpolée, et il montre que, dans les textes où il n'y a pas lieu d'admettre une interpolation, la formule n'a pas le sens technique qu'on lui donnera au Bas-Empire.

(4) L. I. C. V, 13. — Stéphane, *Bas.*, III, 347, Sch. I, va jusqu'à distinguer dans la dot une *ἐπιλὴ φύσις*.

(5) L. 34, § 3, C. VIII, 54 (53).

(6) L. 2, pr. C. IV, 18.

natura emphyteuscos (1), de la *natura fideicommissi* qui sera désormais la même que la *natura legati* (2), de la *natura debiti* (3), de la *natura judicati* (4), de la *natura societatis* (5), de la *natura ususfructus* (6), de la *natura contractus* (7). Si Justinien parle tant de la *natura* des contrats, c'est que l'idée d'une telle *natura* préoccupe fort les juristes du VI^e siècle (8). Or cette préoccupation, on la retrouve encore plus tard. C'est de quoi portent témoignage les scholies insérées aux *Basiliques* vers le milieu du X^e siècle, celles qui y furent ajoutées postérieurement, et aussi la *Meditatio de nudis pactis*, le *Promptuarium* d'Harménopule (9), et enfin de longues scholies de ce même *Promptuarium* (10).

Qu'est-ce donc que la *natura contractus*? Pour répondre, le mieux paraît être de rapprocher des indications fournies par la *Meditatio* sur les pactes *extra naturam* adjoints à un dépôt, à un commodat, à une vente non exécutée, d'autres indications données par les *Basiliques* et par le manuel d'Harménopule.

On sait que le dépositaire est responsable de son dol seulement (11). Supposons qu'un pacte rende le dépositaire

(1) Inst. III, 24, 3.

(2) Inst. III, 27, 7 : *nostra constitutio* (C. VI, 51, 1, § 11), *unam naturam omnibus legatis et fideicommissis induisit*.

(3) L. 7, pr. C. V, 44.

(4) L. 2, pr. C. VII, 54.

(5) Inst. III, 25, § 2. Cf. Gaius, III, 149.

(6) L. 13, pr., C. III, 33.

(7) L. 2, § 1, C. VII, 17.

(8) A chaque contrat, écrit Stéphane : *Bas. I*, p. 561, l. 33 *a fine*, les Prudents ont, à l'origine, imposé une *natura* : Ἐκάστη τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἔξ ἀρχῆς ἐπιτέθεικας οἱ σοφοί. Cf. Brugi, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*², II, Padoue, 1911, p. 41.

(9) I, 9, 9.

(10) V. *Hexabiblos*, éd. Heimbach, p. 125-129 et p. 787.

(11) L. 23, D. L, 17; *Bas.*, II, 3, 23 (Heimb. I, p. 66). Cf. Albertario, *Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patti* dans *Bull. dell'Istituto di diritto romano*, XXV, I, p. 15-42.

responsable de sa *culpa*. Un tel pacte, dit notre auteur (1), est un pacte *extra naturam contractus*, car les parties ont voulu augmenter, élargir, donc changer la nature de l'action *depositi* (2). Quel sera exactement l'effet du pacte? Il faut distinguer : Si le pacte est adjoint *in continenti*, comme le contrat est de bonne foi, on appliquera la règle : Ἐπὶ τῶν *bona fide* ἀγωγῶν τὰ μὲν *ex continenti* πάντα τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος καὶ τὴν ἀγωγὴν μετατυποῖ (3). La nature du contrat est toujours changée, l'action toujours transformée (4). Si le pacte est adjoint *ex intervallo*, il ne peut avoir pour effet de changer la nature, c'est-à-dire le cadre légal du contrat, ni par conséquent de transformer l'action (5). Il ne permettra donc pas au demandeur d'agir : Εἰ γὰρ μετὰ ταῦτα τὸ εἰρημένον ἐγίνατο σύμφωνον, οὐ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν, καὶ ἐπὶ ὀφειλῇ τοῦ ἄκτορος παρὰ τὴν αὐτὴν φύσιν παρασκευάζει τὸν *depositi* κινδυνεύειν καὶ ἀπὸ κοῦλπας..... (6). On a supposé un pacte *ad augendum*, mais il est possible que le pacte *ex intervallo* soit fait *ad diminuendum* : par exemple, on a voulu supprimer la responsabilité du dépositaire *de dolo jam facto* (7). Le pacte change la nature du contrat, mais seulement par diminution (8). L'action du contrat est aussi changée, non pas *ipso jure*, comme si le pacte eût été fait *in conti-*

(1) IV, 4.

(2) *Bas.*, II, p. 26, sch. 7 : ἀΐξει τῆς *depositi* τὴν φύσιν.

(3) *Bas.*, II, 26, sch. 8 (Stéphane).

(4) Harménopule, sch. p. 126 : τὰ μὲν ἐν ἀρχῇ γενόμενα σύμφωνα ἐναλλάσσουσι τὴν ἀγωγὴν αὐτῶ τῷ δικαίῳ τουτέστιν αὐτοῦ τοῦ νόμου γνωρίζοντος τὴν μετατύπωσιν ὅπερ Ῥωμαῖστὶ *ipso jure* λέγεται.

(5) Car, dit une scholie d'Harménopule, p. 791, *in fine*, le contrat existe déjà suivant sa propre nature qui est maintenant fixée. Cf. *Bas.*, II, p. 633 (sch. de Stéphane).

(6) *Bas.*, II, p. 6, sch. 5.

(7) Stéphane explique, *Bas.*, II, p. 26, sch. 7 et 9, que le pacte exemptant du dol futur serait nul comme contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs. Cf. Harménopule, sch. 792.

(8) Harménopule, sch. 792 : ἔτιμπομεν συμφωνηθῆναι τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος ἐλαττωθῆναι....

neuti, mais seulement par l'effet d'une exception véritable (1), quoique sous-entendue (2). Enfin, si l'on convient que le depositaire rendra *tantumdem non idem*, il est bien connu que, suivant Papinien (ou les compilateurs), on dépasse ici les limites du contrat (3). Glosant les termes dont s'est servi Papinien, un scholiaste expliquera que la nature du contrat de dépôt exige qu'on rende ce qu'on a reçu et non pas autre chose (4). Un autre scholiaste Jean Nomophylax, c'est-à-dire Xiphilin, celui-là même que nous croyons être, — on reviendra plus tard là-dessus — l'auteur de la *Meditatio*, observe que demander les intérêts de la somme déposée, s'il n'y a pas *mora*, serait contraire à la nature du dépôt, car il serait absurde de faire payer des intérêts à qui rend un service (5).

Passons à l'hypothèse d'un commodat prévue aussi par la *Meditatio* (6).

Le commodataire répond de sa négligence, mais non des cas fortuits : telle est la nature du contrat (7). Un pacte élargissant jusqu'aux cas fortuits la responsabilité du commodataire sera donc un pacte *extra naturam contractus*. S'il est fait *in continenti*, il changera la nature du contrat et transformera l'action (8). S'il est fait *ex intervallo*, on distinguera comme pour le dépôt : le pacte *adjiciens* ne change pas la nature du contrat et ne donne

(1) Harménopule, Sch. p. 127, et *Bas.*, II, p. 7. Sch. ἐξ ἀρχῆς; II, p. 633 :

(2) V. *suprà*, p. 491, n. 6; p. 496, n. 1 et 3; p. 631, n. 3.

(3) L. 24, D. XVI, 3. Cf. *Bas.* XIII, 2, 24.

(4) *Bas.*, II, p. 53. Sch. ἵππειδῇ. Cf. *Ibid.* la scholie de Stéphane : Εἰ τοὺς οἰκείους.

(5) *Bas.*, II, p. 52 : ὡς ἐναντιοῦται τῇ φύσει τῆς depositi ἢ τῶν τόκων ἀπαίτησις μόρας μὴ γινόμενης..... ἄτοπον οὖν λέγειν τὸν κατατιθέμενον χάριτα τόκους καταβάλλειν τῷ εὐεργετούμενῳ.

(6) IV, 4.

(7) *Bas.* I, p. 561 : τοῖς τοῖς οὐχ ὑπόκειται κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ χρησάμενος.

(8) V. 13. Cf. p. 33, n. 6, 7.

pas action à l'*actor* (1); le pacte *minuens*, au contraire, change par diminution la nature du contrat, et l'action en sera changée, mais seulement *per exceptionem* (2).

Passons à la troisième hypothèse prévue dans la *Meditatio* (3). Il s'agit d'un pacte adjoint à une vente.

Le contrat de vente oblige l'acheteur à payer le prix fixé, il oblige le vendeur à livrer la *res empti* et à fournir une *promissio duplae*. Ces obligations découlent de la nature du contrat : il n'est pas besoin pour les créer de conventions spéciales (4). Les pactes spéciaux ne deviennent nécessaires que si l'on veut écarter les effets réguliers, les conséquences légales du contrat (5). Pour ce que Stéphane appelle : τὰ κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι παρεπόμενα (6), les pactes ne servent qu'à faciliter l'application du contrat en évitant tout soupçon d'abrogation tacite et tout danger d'interprétation erronée.

Mais il faut bien noter que la qualification de pacte κατὰ φύσιν peut s'appliquer à d'autres pactes que les pactes interprétatifs. La *Meditatio* nous signale (7), à bon droit, comme pactes *secundum naturam* des pactes qui ont pour objet d'augmenter ou de réduire des conventions antérieures. Par exemple, une vente étant encore inexécutée, deux pactes adjoints ont été successivement conclus; le second pacte a l'effet de détruire le premier et de rétablir purement et simplement les effets réguliers

(1) II, p. 7. Sch. 7 (Stéphane) : ἐπεὶ οὐ μετατυποῦται ἡ ἀγωγή ἐπ' ὀφειλὴν τοῦ ἄκτορος, οὐδὲ τὴν οἰκείαν ἢ κομιμοδατὴ φύσιν ἀμείβει.

(2) Harménopule, sch. p. 127 : Τῷ δὲ ἐναγομένῳ τίεται παραγραφὴν, καὶ ἐν τούτῳ ἐναλλάσσεται ἡ ἀγωγή διὰ παραγραφῆς.

(3) IV, 4.

(4) *Bas.*, I, p. 629 (Stéphane) : οὐ γὰρ εἰς συμφώνων ἰδιῶν, ἵνα γένηται ταῦτα, ὥστε κατὰ φύσιν ἐνεστὶ ταῦτα τῷ συναλλάγματι.

(5) VII, 13 : τὰ πλεονεχέστα, ἅπερ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ νόμος εἴρηκε.

(6) *Bas.*, I, p. 629, *ibid.*

(7) V. p. 624, n. 6 et 7.

du contrat (1). Le second pacte sera justement qualifié de pacte *secundum naturam* (2).

Donnons maintenant des exemples de pactes *extra naturam* adjoints à une vente :

Les parties conviennent, *ab initio*, que le vendeur ne fournira pas la promesse du double : la *natura contractus*, et, par suite, l'action *empti* est changée par diminution : διὰ τοῦ συμφώνου μετελλάγη ἡ φύσις..... καὶ ἐμείσθη (3). Le pacte est *extra naturam*. En sens inverse les parties conviennent que le vendeur donnera un fidéjusseur pour fortifier la *promissio duplae*. Cette fois les parties sont allées au delà du droit commun de la vente παρὰ τῆς πράξεως κανόνας (4), et comme dit notre texte, elles ont encore fait un pacte *extra naturam contractus*. Mais ici le pacte a changé par augmentation la nature de l'action et par suite la nature du contrat : ἐξ ἑπτα ἔπειτα τοῦ τοιούτου συμφώνου καὶ ὑβέησε τὴν φύσιν ἐπὶ τῇ παροχῇ τοῦ ἐγγυητοῦ (5).

(1) Cf. *Bas.*, XI, 1, 63; *Epit. legum*, XI, 5.

(2) On pourrait citer bien d'autres exemples de pactes *secundum naturam*, par exemple celui-ci, souvent relevé dans les *Basiliques* par les scholastes. Il est dans la nature de l'action *de dote* que certaines choses dotales ne soient rendues que *post annum*. On peut convenir que ces choses seront rendues aussitôt, puis faire une convention nouvelle détruisant la première. Un texte des *Basiliques* nous dit que la dot revient alors *ad propriam naturam* (Cf. *supra*, p. 485, n. 1) ; le second pacte était donc un des pactes κατὰ φύσιν dont parle la *Meditatio*, VI, 23. Cf. *Bas.*, I, 565, sch., 10; 600, 601, 603, sch., 15; 663, sch., 14.

(3) *Bas.*, I, p. 656, sch., II ἄρξ. Cf. *Bas.*, II, p. 634.

(4) *Bas.*, I, p. 38, sch., τοῦ Ἀνωνύμου. Dans ce texte l'Anonyme note que certaines actions ont naturellement certaines conséquences, εἰς τινὰς ἀγωγὰς, αἵτινες ἔχουσιν τινὰ φυσικὴν τάξιν ἐπόμενα, par exemple, la vente contient naturellement la *stipulatio duplae*..., mais il est *extra regulas* (παρὰ κανόνα) *conditionis*, que le vendeur donne un fidéjusseur *duplae nomine*. Toutefois, s'il y a en ce sens une convention dérogeant au droit commun, elle vaut, car elle ne constitue pas un pacte illicite (νόνητα λέγειν).

— En traduisant παρὰ par *contra*, Heimbach nous semble faire un contre-sens répété ailleurs. V. I, p. 629, *in fine*.

(5) *Bas.*, I, p. 656, sch. II ἄρξ.

Les pactes dont il vient d'être question étaient adjoints *ab initio* à la vente. S'il s'agissait de pactes *ex intervallo*, il faudrait reporter ici ce qui a été dit pour le dépôt et le commodat. Le pacte augmentatif n'opérera ni changements dans la nature du contrat, ni transformations dans l'action (1); le pacte diminutif, au contraire, changera la nature du contrat et transformera l'action (2). Il la transformera en fournissant une exception (3).

Pour mieux préciser les effets des pactes adjoints dans le dépôt, le commodat, la vente, et, d'une façon générale, dans tous les contrats de bonne foi, on peut en comparer ces effets avec ceux que produisent les mêmes pactes dans les contrats de droit strict. Les scholies des Basiliques et, en particulier, la prothéorie de Stéphane sur la loi, 40 D. XII, 4 (V. *Bas.* 42, XXIII, 1), donnent tous les éléments de cette comparaison. Les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict changent sa nature et transforment son action seulement *ex parte rei* (ἐκ πλευροῦ τοῦ ῥέου) (4), ou, si l'on veut parler autrement, ils donnent au *reus* une exception inhérente à l'action, car tel est le résultat de la transformation (5). Quant aux pactes *ex intervallo*, ils sont sans effet sur la nature du

(1) *Bas.*, II, p. 634 (Stéphane) : Ἐὶ τοίνυν ἀξίτητόν εἴη τὸ σύμφωνον τὸ *ex intervallo*, τὴν μὲν φύσιν οὐκ ἀμείψει τοῦ συναλλάγματος οὐδὲ ἀξίει ἢ μετατυποῖ τὴν *ex empto*, παραγραφὴν δὲ λαμβάνεται τῇ ἀγοραστήῃ....

(2) *Bas.*, II, p. 634 (Stéphane) : Ἐὶ μὲν οὖν μειωτικά (sc. σύμφωνα) ἐστίν..... μετατυποῦσι τὴν ἀγορὴν καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσιν τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ *ex empto* λοιπὸν οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκίαν φύσιν κινεῖται, οὕτω ἀπαίτεῖ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν.

(3) *Bas.*, II, p. 6, *ibid.* : τὴν δὲ bona fide μειωτικά μὲν ὄντα (sc. σύμφωνα) τοῦ συναλλάγματος μετατυποῖ καὶ ἐνοῦσαν τίεται παραγραφὴν. L'exception est inhérente à l'action, mais c'est tout de même une exception. V. *suprà*, p. 496, n. 1 et 2.

(4) Cf. *Bas.*, II, p. 634. L'Anonyme écrit également à propos des pactes *in continenti* : τὴν bona fide ἀγορὴν ἀδιαστρίτως μετατυποῖ, τὴν δὲ στρίπτει ἐκ πλευροῦ τοῦ ῥέου.

(5) *Bas.*, I, p. 563, scilicet 3 : ἐπὶ μὲν οὖν τῶν στρίπτων τὸ σύμφωνον πάλαι τότε μετατυποῖ τὴν ἀγορὴν ὅτε ἐπὶ ὁρεθείᾳ τοῦ ῥέου γιγνέσθαι καὶ δίδωσιν

contrat et n'opèrent aucune transformation de l'action.

La différence d'effets entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict se réduisait donc à ceci : Le pacte adjoint *in continenti* au contrat de droit strict ne transforme pas l'action *ex parte actoris*, et le pacte adjoint *ex intervallo* ne la transforme pas *ex parte rei* (1).

Nous sommes maintenant en état de répondre à la question posée plus haut : Qu'est-ce que la *natura contractus* (2) ? Il est clair que les Byzantins désignent ainsi l'ensemble des éléments qui donnent à une institution juridique sa physionomie propre, et qui en fixent la place et les limites dans la vaste région des conventions de toutes sortes. En s'attachant à l'idée d'une *natura contractus*, en liant ce concept à la théorie des *pacta adjecta*, en faisant celle-ci fonction de celui-là, les juristes du vi^e siècle, — et c'est le mérite de M. Rotondi de l'avoir vu et dit, — ouvraient toute droite la voie qui tôt ou tard devait conduire à l'idée moderne du contrat. Le pacte adjoint *extra naturam*, c'était le moyen d'assouplir, d'élargir les cadres anciens trop rigides et trop étroits, d'altérer la nature de chaque contrat (3) en y faisant entrer des règles propres à d'autres, de multiplier les contacts entre toutes ces constructions juridiques si solides et si belles mais trop longtemps séparées, héritage précieux et insuffisant des temps classiques. Avec la notion de la *natura contractus* et du pacte adjoint *extra naturam*, et grâce au large développement donné aux

καὶ παραχρησθὲν τούτοις ἐνέσταν ἐκ τοῦ μεταμορφώσαι τὴν ἀγωγήν. Cf. II, p. 635, schol., 4.

(1) Cf. Rotondi, *op. cit.*, p. 60.

(2) V. p. 626.

(3) *Bas.*, II, p. 337, schol. 2 : ... ἀρεθόν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων δια συμπόρων ἕκαστον. Cf. Rotondi, *op. cit.*, p. 415.

contrats innommés qui deviennent un procédé fécond de généralisation (1), les juristes du VI^e siècle possédaient les moyens de dégager l'idée générale du contrat et l'idée corrélatrice de l'action. Mais ni ces juristes, ni, *a fortiori*, ceux qui les suivirent, ne furent vraiment à la hauteur de leur tâche. Ils ne surent ni mettre en œuvre les moyens qu'ils avaient en mains, ni aller jusqu'au bout de leurs idées. Spécialement, en matière de pactes adjoints, si on rapproche les textes classiques de ceux de Justinien et des Basiliques, on constate que les règles qu'ils contiennent sont le plus souvent restées pareilles. Les progrès réalisés ont été peu de chose comparativement à ce qu'ils eussent dû être. Et c'est sans doute pour cela que les manuels byzantins s'inquiètent si peu des *pacta adjecta* et ne mentionnent guère le pacte *extra naturam contractus* (2).

Revenons à la définition du pacte nu. Nous avons déjà reproduit celle que donnait notre auteur (3). On

(1) C'est à quoi l'auteur de la *Meditatio* fait une brève allusion, II, 2 dans les mots : τοῦ πρωτοτύπου ... γένος; mots que nous avons traduits non par *genre primitif* (Sic, Leunclaye J. G. R., II, p. 193) ni par *genre principal* (Sic, Heimbach, *Basiliques*, II, p. 555, sch., 3), mais par *modèle général*. A notre estime, en effet, la *Meditatio* veut dire que le contrat innommé est un type général de contrat d'où naît l'action générale *praescriptis verbis*, action que l'on peut rapprocher, moins de la *condictio generalis*, Bas., II, p. 591, que de l'*actio in factum* née du serment volontaire, D., XII, 30, pr., des actions de *peculio*, de *in rem verso*, Bas., VII, p. 204. sch., 3, de la *petitio hereditatis* (V. *Mélanges Fitting*, 1907, I, Biagio Brugi, p. 121; Jobbé-Duval, p. 139, sqq. et d'autres encore. Mais ces actions générales se spécialisent, quand on les exerce, par l'obligation d'indiquer la *causa actionis*. Cf. Longo, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, Bull. dell' Istituto di diritto romano (1905), XVII, p. 33 sqq.

(2) Voir cependant *Synopsis major*, J. G. R. V., p. 605; *Synopsis* d'Attaliates, XII, 2 (dans Συνοψτα θεμεις, VIII, p. 68), Nov. 29, de Basile II, J. G. R., III, p. 362, et les textes d'Harménopule plus haut cités, p. 626, 627, n. 4, 5, 8; p. 628, n. 1; p. 629, n. 2.

(3) V. *suprà*, p. 481.

sait qu'elle soulevait de vives contestations. Aussi insiste-t-il (1). Il reconnaît que sa façon de penser a quelque chose d'imprévu pour ceux qui n'ont pas fait de la théorie des pactes un examen rigoureux (2), qu'elle contient « de l'étonnant et du paradoxal » (3). De cette définition le principal adversaire de notre auteur se moquait en termes peu mesurés (4). Il ne voulait voir dans tout ce que celui-ci soutenait qu'une élaboration stérile, un bavardage d'exégètes (5). Il laissait entendre que l'auteur de la *Meditatio* se mettait en opposition non seulement avec les règles des Basiliques, mais encore avec les règles suivies dans la pratique et avec celles édictées par la législation postérieure aux Basiliques (6).

Le lecteur s'étonnera sans doute qu'on discutât aussi chaudement sur la définition et la classification des pactes nus. Mais il ne faut pas oublier que nous sommes à Byzance, et que jamais les définitions, classifications, catégories ne sont assez nombreuses pour ces excessifs logiciens. En outre, on a déjà dit (7) quelle importance avait prise la théorie des pactes pour les juristes byzantins, et quel péril en naissait pour le vieux système contractuel. Enfin un intérêt spécial venait de l'affaire en vue de laquelle la *Meditatio* était rédigée. La théorie séculaire du pacte nu entraînait ici en conflit avec celle du *contrarius consensus* (8). Il fallait donc rappeler à des

(1) III, 5.

(2) IV, pr.

(3) V, pr.

(4) III, 5; IV, pr.

(5) VI, pr., 6.

(6) VI, pr., 2; III, 1. Cf. p. 29, n. 5. — Tous les passages de la *Meditatio* qui ont trait aux rapports des Basiliques avec la législation antérieure et postérieure sont d'une grande importance dans la question fort connue et sur laquelle nous reviendrons plus tard : jusqu'à quelle époque les compilations de Justinien ont-elles conservé leur valeur légale ?

(7) V, p. 1, p. 37.

(8) V, p. 494, sqq.

esprits prompts à s'égarer les règles du *contrarius consensus* — on a déjà vu comment notre auteur l'a fait (1) — et aussi la définition et les effets des pactes nus.

La contradiction qu'on opposait à notre auteur l'irrite visiblement (2) et le gêne. Il proclame qu'il lui serait facile de terrasser son contradicteur « par une infinité d'épichérèmes », et de démontrer qu'il ne s'agit pas là d'un bavardage d'exégètes (3). Mais, ajoute-t-il aussitôt : « Ce n'est pas le moment » (4). Pourquoi n'est-ce pas le moment ? On n'en sait rien. C'était la volonté d'apprendre à ceux qui l'ignoraient la division des pactes qui avait conduit notre auteur à écrire la *Meditatio* (5). Or, sur la pratique et sur la législation postérieure, alors que l'occasion s'offrait et s'imposait de démontrer que son contradicteur était dans l'erreur, il se tait tout à plat. Sur les Basiliques et même le Digeste, il donne, il est vrai, des explications, mais on ne peut se tenir de penser que ces explications sont insuffisantes et obscures.

Résumons-les :

Les Basiliques sont formelles (6). Elles disent que le pacte $\psi\lambda\acute{\omicron}\nu$ n'engendre pas d'action, mais seulement une exception. Et, en effet, la nature du pacte est telle (7). Or un pacte $\psi\lambda\acute{\omicron}\nu$, qu'est-ce ? C'est un pacte nu, et le pacte nu, c'est un pacte *ex intervallo* (8). Ici l'auteur nous recommande de redoubler d'attention si nous voulons comprendre (9), et il continue à peu près ainsi : Quand le

(1) Cf. *suprà*, p. 28.

(2) Cf. Charles-Guillaume-Ernest Heimbach, *Observationum juris graeco-romani liber primus*. Lipsiae, 1830, p. 35 : ... apparet nostrum auctorem, dum scribit, tum ira plenum fuisse.

(3) VI, 6.

(4) VI, 7 : 'Αλλ' οὐ νῦν τοῦτου καίρος.

(5) Pr. 1.

(6) VI, 8, 15.

(7) VI, 9.

(8) VI, 10.

(9) VII, 11 : πρόσχει τῷ ἐπομένῳ ἔργῳ καὶ γνώσῃ.

pacte $\psi\lambda\acute{\epsilon}\nu$ est fait *ab initio*, on le qualifie de pacte *in continenti* et il forme l'action (1). Donc, qu'il engendre une exception ou une action, qu'il soit *ex intervallo* ou *in continenti*, il est $\psi\lambda\acute{\epsilon}\nu$, c'est-à-dire $\nu\epsilon\delta\delta\epsilon\nu$ (2). On pourra produire « de prolixes écrits et par myriades », mais pas un seul en sens contraire (3). Notre auteur n'ajoute rien de plus, sauf à revenir, à la fin de sa méditation, sur la concordance parfaite qui existe entre sa doctrine, celle des Basiliques et celle des anciens (4). Quoi qu'il en dise (5), personne ne verra une démonstration dans cette série d'affirmations sans aucun lien logique. Mais puisque l'autorité et les écrits de Stéphane sont, sans cesse, invoqués par notre auteur (6), voyons quelle était, en matière de pactes, la terminologie usitée par Stéphane et les scholiastes anciens.



De longs fragments de Stéphane sur les conventions et les contrats nous ont été conservés par le *Codex Coislinus* 152. On les trouvera dans le tome I de l'édition des Basiliques d'Heimbach (7). La scholie $\text{Μα}0\omega$ est particulièrement instructive. Stéphane y expose le système contractuel romain et conclut que du pacte nu ne naît pas d'action (8). Puis il se pose la question : qu'est-ce que le pacte nu? car, ajoute-t-il, cela est nécessaire à dire (9). Mais au lieu de répondre à sa propre question, le juriste se retranche sur la difficulté d'une définition :

(1) VI, 12, 13.

(2) VI, 13, 15 : τὸ νουθεῖον πάκτων αὐτὸ ἐστὶ τὸ $\psi\lambda\acute{\epsilon}\nu$ καὶ τὸ *ex intervallo* καὶ τὸ *ex continenti*.

(3) VI, 11.

(4) VII, 13.

(5) VI, pr. τούτων ἀποδείκνυμένων ὁρίεται.

(6) Préf. 2, II, 4, IV, 3, 4; V, 6, 19, etc.

(7) *Bas.*, I, p. 557, 559 sq., 566 sq.

(8) *Bas.*, I, p. 559-562.

(9) *Bas.*, I, p. 560 : εἰ δὲ ἐστὶν νουθεῖον πάκτων ἀναγκαῖον ὁρίσθαι.

« Il y a des choses qu'on ne peut définir qu'en les opposant à des choses déjà connues » (1). C'est ainsi qu'on connaîtra le pacte nu quand on connaîtra les conventions confirmées par la loi, les contrats nommés et les contrats innommés.

La caractéristique du pacte nu apparaît bien ici. Le pacte est nu qui n'est pas sanctionné directement par une action (2). Voilà qui est net et clair. Mais alors pourquoi nous dire ailleurs que parfois d'un pacte nu naît une action (3)? — Pourquoi, dans la scholie *Mzθōv*, *Bas.*, I, p. 559, reprenant la question : qu'est-ce que le pacte nu ? répondre que c'est le pacte qui n'est ni un contrat nommé, ni un contrat innommé (4)? D'où la conséquence qu'il faut ranger parmi les pactes nus la convention confirmée par une loi, conséquence que Stéphane, quelques lignes auparavant, avait formellement rejetée. — Pourquoi, toujours dans la même scholie, appeler pacte nu le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi, alors que ce pacte, s'incorporant au contrat et lui donnant, comme le dit Stéphane lui-même, une nouvelle nature, trouve sa sanction directe dans l'action du contrat (5)? Ne sont-ce pas là les contradictions dans les termes que nous avons trouvées dans la *Meditatio*?

Mais laissons Stéphane, et voyons quel est le langage tenu par d'autres scholiastes anciens.

(1) Εἰσὶ τινὰ ἀπόθεν μὲν ὁρίζεσθαι μὴ δυνάμενα, ἐκ δὲ τῆς τῶν ἄλλων χαρακτηριζόμενα διαιρέσεως.

(2) Τοιγαροῦν τὸ νοῦθον πάκτον οὐ τίεται ἀγωγήν.

(3) *Bas.*, I, p. 557 : ἐστ' ὅτε ἀπὸ φιλοῦ συμφώνου τίεται ἀγωγή. Cf. *Bas.*, I, p. 586 : καὶ εἰκότως ἀπὸ φιλοῦ πάκτου συνέσταται ἀγωγή τοῦτέστιν ἡ ὑποθηκαία.

(4) *Bas.*, I, p. 560 : Ἐάν οὖν ἐρωτήσῃ τις, τί ἐστὶ τὸ νοῦθον πάκτον, εἴπει, ὅτι νοῦθον ἐστὶ πάκτον τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτων ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἰστάμενον ἡγησάμενης πρῶτον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει.

(5) *Bas.*, *ibid.* : τὸ γὰρ νοῦθον, ὡς πολὺαὶς ἐξηγεται, πάκτον..... ἐστ' ὅτε δὲ μετασπῇ τὴν ἀγωγήν καὶ καινοτέρην ὥσπερ αὐτῇ χαρακτηρῇ γένον.

Thalélée, glosant une constitution de Sévère Alexandre (1), écrit (2) : « Si je l'ai dit que je te donnerai cinquante..... point d'action, attendu que le pacte est nu (3). Cela s'entend quand il n'y a pas donation, car, au cas de donation, il y a *condictio ex lege*..... Mais si, comme il est prévu dans la constitution, tu as donné d'abord quelque chose avec convention subséquente qu'on rendrait ce qui a été donné, il n'y a plus *nudum pactum*, mais convention qui engendre la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis* » (4). Rien de plus clair. Il n'y a de pacte nu que le pacte qui n'a pas la sanction directe de l'action. Une scholie sur la loi suivante du Code (V, 3, 11), ajoute une précision de renfort : quand on a joint à une *datio fundi* un pacte *de re reddenda*, ce pacte n'est pas nu (5). On se souvient que notre auteur, au contraire, n'hésitait pas à voir dans un tel pacte adjoint un pacte nu (6).

Dans deux scholies attribuées à Dorothee, on trouve une terminologie différente. Dans la scholie Ἀπὸ γυμνῶν συμφώνων (7), nous lisons que l'expression pacte nu s'applique au pacte fait *sine causa*; à la convention de donner ou de faire sans qu'une dation ou un fait ait précédé; au pacte fait *ex intervallo* pour empirer la situation de l'obligé (8); à la convention *sine stipulatione*. Dorothee (?) voit donc dans le pacte adjoint

(1) Il s'agit de la loi 10, C. J. II, 3 = 1, V, 14.

(2) Bas., I, p. 650, sch. Σημείωσαι.

(3) Bas., I, *ibid.* : οὐδεμίᾳ τίκεται..... ἀγωγῇ, ἐπειδὴ νοῦδόν ἐστι τὸ σύμφωνον.

(4) Bas., I, *ibid.* οὐκ ἐστὶ γυμνὸν τοῦτο τὸ σύμφωνον ἀλλὰ συμβεβηκότων ἐστὶ καὶ τίκεται τὸν κοινδικτικὸν ἥτοι τὴν *præscriptis verbis*.

(5) Bas., I, p. 652, sch. 1 : μὴ εἶναι τὸ σύμφωνον νοῦδόν, ὅτε περὶ ἀναδότηως τοῦ δεδομένου πράγματος σύμφωνον παρακολουθήσει.

(6) 1, 2.

(7) Bas., I, p. 565 : τὸ ψιλὸν σύμφωνον κατὰ δ' τρόπου λέγεται.

(8) ὅταν μετὰ χρόνον γένηται καὶ σκληροτέραν ἔχει αἴρεσιν παρὰ τὰ ἐξ ἀρχῆς ὁρίζοντα. Dorothee cite comme exemple le cas où le vendeur promet, après coup, de donner un fidéjusseur.

ex intervallo un pacte nu. Il va plus loin encore dans la scholie suivante, car il n'hésite point à appeler *pacta nuda* même les pactes adjoints *in continenti* (1). Ne croit-on pas entendre l'auteur de la *Meditatio*?

Cyrille ὁ ἐνδικοεὐτῆς — qu'il ne faut pas confondre avec Cyrille, auteur d'un traité des définitions où se trouvait un commentaire détaillé des pactes (2) — écrit que le pacte est nu qui est *sine causa*, et que le pacte nu n'engendre pas d'action (3), ce qui ne l'empêchera pas d'écrire aussi que du pacte nu d'hypothèque naît l'action hypothécaire (4). Le même Cyrille nous dira encore que le pacte *in continenti*, s'incorporant à l'action de bonne foi profite à l'*actor*, tandis que le pacte *ex intervallo*, étant un pacte nu, ne donne pas d'action et ne s'incorpore pas au contrat (5).

Théodore, qui est un élève de Stéphane, dans un fragment de son *index* du Code, soutient que le pacte *de reddenda dote in continenti factum* n'est pas considéré comme un pacte nu, d'où la *condictio* qu'il engendre (6).

Enfin Enantiophanes, voulant appeler l'attention sur des cas où d'un pacte nu naît une action, cite le pacte joint au *nauticum foenus* et le pacte joint au *mutuum* fait à une *civitas* (7).

Ces textes suffisent — on en pourrait produire d'autres — à démontrer que l'expression *pacte nu*, au *vi*^e et au *vii*^e siècle, a quelque chose de vague et de difficile à

(1) *Bas.*, I, p. 565, sch. 8 : τὰ γυμνά σύμφωνα..... ἔσθ' ὅ τε τυποὶ τὴν μέλλουσιν τίχτεσθαι ἀγωγὴν.

(2) *Bas.*, I, p. 646, sch. ταύτην.

(3) *Bas.*, I, p. 562.

(4) *Ibid.*, p. 586, sch. Ἡ ἵστι.

(5) *Bas.*, I, p. 562 : ἐπειδὴ νοῦδὸν ἔστι.

(6) *Bas.*, I, p. 650 : in continenti γερόμενον πάκτον οὐ νοεῖται νοῦδεν ἦτοι γυμνόν· ὅθεν καὶ τίχτει τὸν κονδικτίκιον. — Et ailleurs, III, p. 486 : ἀπὸ συμφώνου ἀγωγὴν μὴ τίχτεσθαι. τότε γὰρ τοῦτο λέγομεν, ἡνίκα τὸ σύμφωνον γυμνόν ἔστιν.

(7) *Bas.*, I, p. 565, sch. 7.

limiter. Tantôt sa signification s'élargit jusqu'à comprendre les pactes munis d'action et tantôt elle se restreint au pacte isolé défendu par une simple exception. D'ailleurs, même à l'époque classique, il ne semble pas que toujours les juristes donnent aux mots *pacte nu* le même sens. A la vérité, de l'ensemble des textes se dégage l'idée que le pacte nu, c'est celui qui n'engendre pas d'action (1). Veut-on quelques exemples? Hermogénien enseigne que la convention de partage, tant qu'elle reste un pacte nu, ne peut donner d'action (2). Alexandre Sévère observe que, dans l'hypothèse d'un contrat innommé, on ne peut objecter, pour refuser l'action, la maxime *ex pacto actionem non nasci*, car cette maxime est seulement applicable quand le pacte est nu (3). A son tour, Dioclétien, saisi de la réclamation d'une certaine Paulina qui, ayant fait une donation *sub modo*, n'avait rien reçu, répond : une telle convention n'étant pas un pacte nu, le donateur aura une action (4). — Mais le lecteur sait bien aussi que l'on trouve quelquefois dans les textes classiques des raisons d'attacher aux mots *pactum nudum* une signification moins laborieuse. Quand Paul écrit qu'un pacte nu fait courir les intérêts des sommes d'argent prêtées à une ville (5), lorsque Sévère Alexandre nous dit que le pacte nu rend exigibles les intérêts au cas de prêt de denrées (6), il est évident que, pour le juriste et pour l'empereur, l'expression *pacte nu* ne signifie plus une convention dépourvue de sanction directe, mais la convention à laquelle rien ne s'ajoute, ni formalités, ni solennités, ni dation ou fait préalable en

(1) L. 7, § 1, D. II, 14; LL. 8, 15, D. XIX, 5.

(2) L. 45, D. II, 14 : *... ad actionem, ut nudum pactum nulli prodesset poterit.*

(3) L. 10, C. II, 3 — L. 1, c. V, 1.

(4) L. 8, C. IV, 61. Cf. LL. 28, C. II, 3; 27 C. IV, 65; 2 C. VIII, 14 (15) et Paul S. R. XIV, 1.

(5) L. 30, D. XXII, 1.

(6) L. 12, C. J. IV, 32, L. 23, h. l. et *Bas.*, XI, 1, 7.

vue d'une prestation à obtenir ensuite. Le pacte est *nudum*, c'est-à-dire *solum* (1), *simplex*, *merum* (2). Dans un langage pittoresque et plaisant, les juristes du moyen âge diront qu'il est *nudum* parce qu'il n'est pas revêtu d'habillements légaux, *quia non habet unum de vestimentis a lege inventis*.

L'imprécision que l'on vient de constater dans les scholies anciennes, l'embarras à définir le pacte nu devaient se retrouver et se retrouvent en effet dans les scholies récentes et dans les ouvrages postérieurs aux Basiliques.

a) La scholie τουτέστιν (3) se résume en une double proposition : — il y a *nudum pactum* quand il n'y a pas eu *dare aut facere ut aliquid daretur aut fieret* ; — il y a aussi *pactum nudum* quand un engagement est pris sans *poena*.

b) La scholie Ζήτει (4) est beaucoup plus explicite : « Sache, écrit le scholiaste, qu'un pacte est nu, n'engendrant pas d'action, quand il n'est pas confirmé par la loi, quand il n'a pas de nom spécial, quand il n'a pas une des *quattuor causae* (5). Mais souvent tel pacte qui a un nom, qui engendre une action, est appelé nu par la loi, par exemple le *pignus*. Ce pacte, en effet, a un nom, et au lieu d'une action il en a quatre : les actions *pigneratitia*, *serviana*, *quasi serviana*, *hypothecaria in rem*. Il est

(1) L. 23, C. 1, VIII, 13 (14).

(2) Cf. Vinnius, *Institut. Commentarius*, édit. Heineccius, 1726, p. 594. Cf. Iohannis d'Avezan, *Contractuum*, lib. I, ch. 1, dans le *Trésor de Meerman*, IV, p. 6 : *Pactum nudum dicitur quod tantummodo pactum est, nihil aliud quam pactum*.

(3) *Bas.*, I, p. 564, ch. 6. — Cf. scholie Ψιλον σύμφωνον *Bas.*, I, p. 658 ; sch. Καὶ μὴ ὅτε I, p. 653 ; sch. Καρζοῖται I, p. 667.

(4) *Bas.*, *Ibid.*

(5) Allusion aux combinaisons signalées L. 5, pr. 1. XIX, 5. *Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*.

appelé nu parce qu'il n'est pas considéré en lui-même et ne subsiste pas par lui-même, et n'a pas de consistance en soi. Il accompagne une autre convention ».

De ce texte il résulte que le scholiaste applique la dénomination de pacte nu : 1° au pacte qui n'engendre pas d'action ; 2° au contrat de *pignus*, parce qu'il est accessoire. Nous avons déjà vu donner au *pignus* le nom de pacte nu (1), mais non pour cette singulière raison.

c) La scholie Μῆ ἐξῆς (2) affirme qu'il n'y a pas contradiction entre ce qu'on lit aux Basiliques XI, 1, 7 et ce qu'on lit aux mêmes Basiliques XXIII, 3, 30, 51, 52, entre la règle que « d'un pacte ne naît pas d'action » et cette autre règle que « les intérêts sont dus *ex nudo pacto* » en cas d'argent prêté à une cité ou en cas de *mutuum* de fruits. Il n'y a pas contradiction, dit le scholiaste, parce que les lois spéciales dérogent à la loi générale. A la bonne heure ! Mais il reste que le scholiaste appelle ici pactes nus aussi bien les pactes munis d'action que les autres, tandis que dans la scholie τῆς περὶ ὁδοῦ (3), un autre scholiaste dira seulement du pacte non muni d'action : voilà le pacte nu.

d) La scholie Δὲ τὸ (4) concerne le pacte de remise partielle et conditionnelle prévu au Digeste par Papinien, D. II, 14, 41 et aux Basiliques XI, 1, 41. Le *capitulum* porte que l'on n'a pas d'action pour obtenir l'acceptilation. Le scholiaste ajoute : parce que le pacte est nu, c'est-à-dire *ex intervallo* ; mais s'il s'agissait d'un pacte *ex continenti* et d'un contrat de bonne foi, le pacte engendrerait une action (5). Le pacte nu est donc ici nettement opposé au pacte *ex continenti*.

(1) V. *supra*, p. 62, n. 4.

(2) *Bas.*, I, p. 565, sch. 7.

(3) *Bas.*, I, p. 651.

(4) *Bas.*, I, p. 628, sch. 4.

(5) Cf. *Bas.*, I, p. 565, sch. τὸ δὲ ψῆδον. Le scholiaste, encore ici, appelle pacte nu le pacte adjoint *ex intervallo*.

Ces citations suffisent. Passons à l'examen de quelques textes pris en dehors des Basiliques.

Parmi les nouvelles impériales, nous ne trouvons à citer, concernant les pactes nus, que la nouvelle 72 de Léon le Philosophe. L'empereur nous apprend que plusieurs juristes bronchaient quand il s'agissait d'entendre la règle légale : le pacte nu engendre une exception, non une action. Ils définissaient le pacte nu : tout pacte fait sans *poena* (1), même quand les parties avaient apposé sur l'écrit le signe de la croix ou y avaient inséré une invocation à la Sainte Trinité. Les juristes que Léon critique étaient donc d'avis que tous les pactes étaient nus, sauf ceux que fortifiaient une *stipulatio poenae*. Nous sommes tout proches des définitions de la *Meditatio*. Et notons que Léon VI ne redresse l'opinion signalée par lui que sur un point : le pacte cessera d'être nu quand il sera couché par écrit et accompagné des mentions sus-indiquées (2).

Dans les livres de droit rédigés du x^e au xiv^e siècle il est aussi quelquefois question des pactes nus. Un petit nombre d'exemples suffira à montrer que la terminologie y est hésitante et imprécise.

Dans la *Synopsis major* (du milieu du x^e siècle), outre quelques textes bien connus tirés des compilations de Justinien, textes relatifs aux pactes soit isolés soit adjoints (3), on trouve deux scholies (4) qui méritent d'attirer l'attention. La première n'est qu'une reproduction allongée de l'énumération des pactes nus attribuée à Dorothee et déjà citée plus haut (5). Dans six cas

(1) Ἄπαν σύμφωνον ἀπροστίμητον ψιλόν ὑπάρχειν. Cf. la nouvelle de Romain le Jeune J. G. R. V, p. 288 *in fine*.

(2) Cf. sch. ἡ νέαρα en note dans la *Promptuarium* de Harménopule, I, 9, 7.

(3) V. J. G. R. III, Σ, VIII, 7; Ψ, II, 3.

(4) P. 702, n. a. — Sur les scholies de la *Synopsis major*, cf. H. Monnier : *La nouvelle L de Léon le Sage*, 1912, p. 29, n. 1-4.

(5) P. 41, n. 7.

et non plus quatre, il y a pacte nu (1). C'est à savoir : 1° quand on convient de donner quelque chose à quelqu'un sans cause déjà existante, c'est-à-dire sans accomplissement préalable d'un fait ou d'une dation; 2° quand on convient, μετὰ χρόνου τοῦ συναλλάγματος, de rendre plus dure l'obligation née du contrat; 3° quand je conviens de te donner quelque chose pour t'empêcher de faire une chose absurde; 4° lorsque la convention n'est pas coulée dans le moule d'une stipulation; 5° quand le pacte a lieu sans *traditio rei*; 6° quand une dation a été faite d'un seul côté et sans convention entre les deux parties.

Surenchérissant sur cette première scholie, la seconde scholie distingue sept catégories de pactes nus (2). Aux hypothèses (déjà prévues dans la première scholie) d'une convention de *dare* ou *facere* sans dation ou fait préalables, d'un pacte empirant la situation de l'obligé, d'un pacte sans stipulation, l'auteur ajoute les hypothèses suivantes : *pactum sine causa factum*, *pactum imperfectum*, convention de vente sans prestation du prix ou de la *res rendita*, convention dans laquelle il y a honte pour celui qui doit recevoir.

Ces deux scholies montrent à merveille tout ce qu'on était arrivé à ranger pêle-mêle sous l'étiquette : pacte nu. Elles témoignent aussi de tout ce qui régnait de désordre dans les esprits et d'arbitraire dans la classification des pactes.

La *Practica sive Doctrina ex actis magni viri Eustathii Romani* (3) est un ouvrage écrit vers le milieu du x^e siècle (4). Le titre XLV est consacré aux conventions.

(1) Τὸ φιλὸν σύμφωνον ἔχειται.

(2) Τὸ φιλὸν σύμφωνον κατὰ ζ' αἰτίαι γίνεται καὶ τροποῦς.

(3) Περὶ τῆς ἡγεῖας διδασκαλίας ἐκ τῶν πράξεων τοῦ μεγάλου κυροῦ Εὐσταθίου τοῦ ῥωμαιοῦ, éditée par Zachariae von Lingenthal, J. G. R. I, p. 1-312.

(4) Sur cet ouvrage, V. Zachariae dans les *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* de Richter et Schneider, XXI, p. 597 et s.; Fischer, *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhun-*

Dans ce titre, le § 12 est surtout digne de remarque. Nous en proposons la traduction suivante : « Le pacte n'engendre pas d'action, mais une exception. Fait *ab initio*, il transforme l'action dans l'*emptio-venditio* et dans les *judicia bonae fidei*. On appelle aussi pacte nu celui qui est conclu en vue d'une dation ou d'un fait, sans fait ou dation préalable. Par exemple, quand l'acheteur conviendra, *ab initio*, donnant le prix, de recevoir un fidéjusseur, cela n'est pas un pacte nu. Le pacte est efficace, et de toute façon le fidéjusseur est exigible. Mais si, après la vente, une *carta* est dressée pour que je donne un fidéjusseur moyennant le prix, alors le pacte est nu, et, au paiement du prix, le vendeur n'est pas forcé de fournir le fidéjusseur. Il repoussera l'acheteur (1) comme invoquant un pacte nu. Que si l'acheteur n'ayant pas encore payé le prix en entier, mais seulement une moitié, n'agit pas contre le vendeur (2), le pacte étant nu, mais se refuse à payer le reste du prix tant qu'il n'a pas reçu le fidéjusseur, il invoquera, contre le vendeur agissant, l'effet du pacte nu et il triomphera. En somme, lorsque rien n'est dû en outre au vendeur, l'acheteur sera repoussé par suite du pacte nu. Que s'il est dû quelque chose au vendeur, l'acheteur n'a pas d'action, mais il repoussera le vendeur par l'exception tirée du pacte nu (3). Tout cela s'applique exclusivement aux titres pour lesquels cela a été énoncé, par exemple à la

deres, Plauen, 1883, p. 54 sqq. ; H. Monnier, *Novelle L de Léon*, p. 32 sqq. — Dans le petit questionnaire scolaire publié par M. Treu, *Byzantinische Zeitschrift*, II, 97, le maître demande notamment à l'élève : ὁμολησας τῇ Πείρᾳ τοῦ σωφωτάτου Ῥωμανοῦ.

(1) Παραγράφεται γὰρ τὸν ἀγοραστὴν ὡς ψιλὸν ἔχοντα σύμφωνον. — Sur le sens du mot παραγραφή, cf. p. 502, n. 3.

(2) Le manuscrit Laurentien LXXX, porte : τότε ἐνέγει, mais Zachariae corrige avec raison en intercalant οὐκ.

(3) Au lieu du texte donné par le Laurentien, on lira, avec Zachariae : ἀγωγὴν μὲν οὐκ ἔχει ὁ ἀγοραστὴς κατ' αὐτοῦ, ἐκ τούτου δὲ τοῦ ψιλοῦ συμφώνου παραγράφεται αὐτόν.

vente et aux autres contrats de bonne foi. Le *capitulum* 55, liv. XIX, tit. 11 porte en effet (1) : s'il a été convenu qu'on s'obligeait à payer le simple ou le triple ou le quadruple (2), l'*actio empti* compète à perpétuité, non pour la dation des fidéjusseurs, sauf convention là-dessus, mais pour l'exécution de la *nuda repromissio*. Et le *capitulum* 7, tit. 1 : « Ce qui a été convenu en diminution adhère au contrat, par exemple : je ne fournirai pas la *cautio duplae*. Ce qui a été convenu en augmentation ne s'unit pas au contrat, par exemple : qu'un fidéjusseur soit fourni dans la *cautio duplae*. Mais là où la convention n'engendre pas d'action au profit de l'acheteur, elle lui sert *ad exceptionem* s'il est poursuivi par le vendeur. Que si, *omnibus integris*, il a plu d'augmenter ou de diminuer le prix, on pouvait dissoudre l'ancienne vente et en contracter une nouvelle » (3).

De ce long texte nous n'avons à retenir ici, ni ce qui a trait au mutuel dissentiment, ni ce qui a trait à la garantie d'éviction. Sur tout cela on s'est déjà expliqué ; mais nous devons signaler les expressions dont se sert l'auteur de la *Practica* en matière de pactes. Il refuse d'appeler pacte nu le pacte adjoint *in continenti* aux contrats de bonne foi, mais il déclare nu notamment le pacte adjoint *ex intervallo* aux mêmes contrats. Ce n'est donc plus le langage de l'auteur de la *Meditatio*. La remarque a son importance, puisqu'elle nous met en garde contre toute idée d'attribuer à Eustathe Romain la rédaction de la *Meditatio*.

Ouvrons maintenant la *Synopsis legum*. Psellus — je

(1) V. Zachariae de L., *Supplementum editionis Basilicorum Heinbachianae*, Leipzig, 1846, p. 284. Le texte correspondant, au Digeste, est le fr. 56, XVI, 2.

(2) Il s'agit ici d'une convention, faite au moment de la vente, de fournir seulement une *nuda repromissio*, mais au simple, ou au triple, ou au quadruple.

(3) V. Zach., *Suppl.*, p. 260. Le texte correspondant, au Digeste, est la loi 72, XVIII, 1.

résume ici, en quelques lignes, environ quarante vers politiques (1) — parle des conventions comme en parlaient d'ordinaire Paul et Ulpien. Il distingue les conventions publiques et privées. Dans les conventions privées il discerne deux catégories, celles qui sont légitimes (confirmées par la loi), celles qui sont du droit des gens. Des conventions du droit des gens tantôt naît une action, tantôt une exception seulement. Les contrats nommés et innommés engendrent une action : les premiers une action portant le nom du contrat, les seconds l'action *praescriptis verbis* (2). Quant aux pactes, les uns sont *ex continenti* et contemporains du contrat, les autres sont appelés par les lois anciennes pactes *ex intervallo*, c'est-à-dire faits postérieurement ; les lois anciennes les appelaient des pactes nus, c'est-à-dire des conventions pures non munies d'action et donnant seulement lieu à une *exceptio pacti* (3).

Donc, comme l'auteur de la *Practica*, Psellus refuse le nom de pacte nu au pacte *in continenti* et il l'accorde au pacte *ex intervallo*.

L'*Opus juridicum* de Michel d'Attalie est trop bref sur les conventions pour nous aider dans nos recherches. Il faut en dire autant du *Prochirum legum* et de la *Synopsis minor*.

Le *Prochirum auctum* rédigé au début du xiv^e siècle

(1) Vers 990-1030. La *Synopsis legum* se trouve au *Trésor de Meerman*, I, p. 43-85, avec une interprétation latine et des notes de François Bosquet. L'éditeur y a joint d'excellentes observations de Cornelius Sieben.

(2) Ils ne trouvent pas, dit Psellus, une action homonyme au contrat, lequel est appelé d'un nom général : Τῷ γενικῷ ὀνόματι συναλλάγμα καλεῖται. Cf. *Meditatio*, II, 2.

(3) Ὅν δὲ γε πάκτων πέφυκε τὰ μὲν ἐξ κοντινόντι
 "(Ὅσα τοῖς συναλλάγμασι σύγχρονά πως τυγχάνει
 Τὰ δὲ φάσιν οἱ παλαιοὶ ἐξ ἰντερβάλλω νόμοι,
 "Ἦτοι μεταγενέστερα τῶν πρὶν συναλλαγμάτων,
 Ταῦτα κατανομάζουσιν ἐκεῖνοι νοῦδα πάκτα
 Τούτεστι σύμφωνα φιλά ἀγωγὴν μὴ ποιοῦντα.

ne dit (1) sur les pactes nus rien qui nous intéresse.

Il faut arriver à Harménopule pour trouver encore sur les pactes des renseignements de quelque étendue.

Dans le liv. I, tit. 9 de l'*Hexabiblos* (2), Harménopule met d'abord en vedette la règle tant de fois répétée depuis des siècles que le pacte nu n'engendre qu'une exception, puis il ajoute que le pacte nu existe lorsqu'on est convenu de donner sans avoir fait une dation préalable, que le pacte fait *ex continenti* façonne l'action des contrats de bonne foi, que le pacte fait *ex intervallo* est sans utilité pour l'*actor*, ne donnant qu'une exception. Harménopule rappelle aussi que la Novelle 33 (lis. 72) de Léon le Philosophe fournit un moyen aisé de rendre tout pacte obligatoire (3). Et dans la scholie ἡ νεαρχὴ (4) qui a probablement pour auteur Harménopule lui-même, on explique surrogatoirement que la Novelle de Léon a rendu obligatoires, pourvu qu'on y insérât une invocation au Dieu éternel, les pactes nus (σύμφωνα ψιλὰ) qui, d'après la loi civile, restaient sans force, et que delà vient l'invocation à la Sainte-Trinité par laquelle commencent les actes des Tabellions. Enfin dans la scholie ἐν τῷ παρόντι (5), le rédacteur nous redit que le pacte nu engendre une action s'il est adjoint *in continenti*.

En résumant tout ce que nous apprennent sur le langage reçu à Byzance les textes précités, on peut conclure ainsi : Le pacte isolé qui n'est ni un contrat ni un pacte légitime est certainement appelé pacte nu. On est à peu près d'accord pour appeler aussi pacte nu le pacte adjoint *ex intervallo*. Enfin la qualification de pacte nu est tantôt donnée et tantôt refusée aux pactes isolés munis

(1) V. tit. XXI, 31, 36, 40, 41. Il ne fait, au reste, que reproduire quelques textes de l'*Epitome legum*.

(2) V. §§ 7-9.

(3) V. *suprà*, p. 643.

(4) V. éd. cit., p. 122.

(5) V. éd. cit., p. 792.

d'actions, aux pactes adjoints *in continenti*, aux pactes que n'accompagne pas une *stipulatio poenae*.

Ces incertitudes de langage expliquent la tentative que fit l'auteur de la *Meditatio* pour définir et classer les pactes nus.

.

Il est donc établi que jusqu'à la fin de l'Empire d'Orient l'entente ne s'est point faite entre les juristes byzantins sur le point de savoir quels pactes pouvaient être appelés pactes nus.

L'entente est-elle faite aujourd'hui ?

Dans la plupart des traités de droit romain, on rencontre une terminologie très simple et très arrêtée. Ouvrons, par exemple, le grand ouvrage sur les Pandectes, l'histoire du droit romain et la législation de Justinien, de M. Van Wetter. On peut considérer cet ouvrage comme une synthèse exacte et savante de l'enseignement des romanistes pendant la plus grande partie du XIX^e siècle. Voici comment le professeur de Gand définit et classe les pactes (1) : « Les pactes sont confirmés ou simples : 1^o Les pactes confirmés (*pacta vestita*) sont ceux qui produisent une obligation civile. Ils sont de trois espèces : légitimes, prétoriens ou accessoires (*legitima, praetoria* ou *adjecta*); 2^o les pactes simples (*pacta nuda*) sont ceux qui ne produisent qu'une obligation naturelle ». Et ailleurs (2) : « Ces trois catégories de conventions (*pacta adjecta, pacta praetoria, pacta legitima*) s'appellent respectivement : pactes accessoires, pactes prétoriens, pactes légitimes. On les réunit sous la dénomination commune de pactes confirmés (*pacta vestita*), parce qu'elles sont munies d'actions. A elles s'opposent les pactes simples (*pacta nuda*) ou

(1) III, p. 386.

(2) III, p. 321.

dépourvus d'action ». Donc ni les pactes prétoriens, ni les pactes légitimes, ni les pactes adjoints (au moins ceux adjoints *in continenti*) ne sont appelés pactes nus : on réserve généralement cette dénomination aux pactes isolés ou même adjoints qu'aucune action ne vient sanctionner directement (1).

Ce langage a été celui des Glossateurs et celui des Bartolistes (2). On le trouve constamment employé dans les écrits des anciens juristes jusqu'au xvi^e siècle. Pour ne pas multiplier les citations, nous nous bornerons à reproduire le passage suivant, emprunté au commentaire autrefois célèbre de Jean Schneidewin (Oinotomus) (3) : Quando pactum unum non habet de vestimentis a lege inventis, dicitur pactum nudum, veluti si non continet justam causam... vestitum vero pactum describitur per Salicetum (4)... Leges enim quasdam solemnitates introduxerunt per quas pacta et obligationes inter homines

(1) A l'appui de ce qui est dit au texte on consultera, non sans constater parfois des hésitations ou des divergences, les divers traités ou manuels de droit romain. Citons un peu au hasard : Ed. Caq., *Institutions juridiques des Romains*, II, p. 419; Girard, *Manuel*¹, p. 642, 442, n. 1; Accarias, *Précis de droit romain*², p. 393, n. 2; Maynz, *Cours de droit romain*³, II, p. 370; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*⁴, p. 282; May, *Éléments de droit romain*⁵, p. 287; Ortolan, *Explication historique des Institutes*⁶, III, p. 345; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*⁷, II, p. 397; Makeldey, *Manuel de droit romain*, trad. Bering⁸, p. 222; Seralini, *Istituzioni di diritto romano*⁹, p. 21; Puchta, *Institutionen*¹⁰, p. 276; Arndts, *Pandekten*, éd. Pfaff et Hofmann, p. 232; Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*¹¹, I, 267; Sohm, *Institutionen des röm. Rechts*¹², p. 233, etc.

(2) Cf. Bartole, *opp. omnia*, Venise, 1613, I, p. 30 et la Glose d'Accurse sur la loi 7, § 4, D. II, 14.

(3) Schneidewin était né à Stollberg en 1519. A l'âge de onze ans il fut introduit dans la maison de Luther, à Wittenberg, et il y fut élevé. Il professa à Wittenberg longtemps et mourut à Zerbst en 1568. Son commentaire inachevé fut terminé et publié par Mathieu Wesenbeck en 1573. Denis Godefroy en donna une nouvelle édition en 1596. Notre citation est tirée de l'édition parue à Cologne en 1740.

(4) Il s'agit de Berthélemy de Saliceto, professeur à Ferrare et Padoue, mort à Bologne, en 1412.

firmentur. Si igitur aliquod pactum inveniatur quod solemnitatibus a lege inventis vallatum sit, illud dicitur pactum vestitum. Enumerantur autem per DD... plura vestimenta pactorum. Et vestitur pactum re..., verbis... litteris..., ex solo consensu in quatuor contractibus..., intervenitu rei ut in contractibus innominatis.... Vestitur pactum nudum in ipso contractu vel in continenti appositum cohaerentia contractus.... Vestitur nudum pactum jurejurando.... Vestitur nudum pactum legis auxilio ut est in omni nudo pacto quod actionem producit qui casus notantur per glossam » (1).

On peut assurément critiquer l'expression *pactum vestitum* opposée à *pactum nudum*, et trouver matière à moquerie dans les habillements pour pactes dont Schneidewin, après tant d'autres docteurs, nous donne complaisamment la mesure et l'énumération. Mais la métaphore, pour être quelque peu plaisante (2) et point du tout romaine, n'en avait pas moins des mérites didactiques qui en ont assuré le fréquent emploi jusqu'à nos jours. D'ailleurs, qu'on parle ou non de *pactum vestitum*, il est rationnel de distinguer entre le pacte muni d'action et celui qui ne l'est pas. De grands juristes cependant se sont obstinément refusés à distinguer le pacte nu du pacte directement sanctionné. « Les pactes, écrit Cujas, ne sont pas appelés nus par opposition à des *pacta non*

(1) V. *Comm. in Inst.*, p. 417.

(2) On lit dans Duaren (ou mieux Le Douaren. V. Jobbé-Duval dans *Mélanges Girard*, I, p. 575), opp. Lyon, 1584, I, p. 72 : Pactum vulgo dividunt in nudum et quod ineptissime contieto a barbaris hominibus vocabulo, vestitum appellari solet. Quam divisionem, cum nuper, quidam in eo ludo edoctus, in quo magna cum pompa et ostentatione etiamnum ista docentur, pertinacissime tueretur, nihilque esse diceret, quod in dividendo aptius opponatur nudo quam vestitum, per jocum interrogavi hominem, cur non similiter cogitationem partiretur in nudam et vestitam, cum lex cogitationis nudae mentionem faciens aliam esse innuat, quæ non sit nuda. Qui quamquam loquacissimus erat, et ei vitio affinis quod graeci ἀπεραντολογία vocant, obmutuit tamen levi argumento victus, fractusque, qui prius tamen gravioribus rationibus a sententia sua divelli non potuerat.

nuda. Il n'y a pas de pactes qui ne soient nus, *nullum est pactum quod non sit nudum*. Les pactes qui engendrent des actions sont des pactes nus. Les pactes nus sont ainsi appelés parce qu'ils existent *solo consensu*. Le pacte est dit nu, non pour le différencier d'un autre, qui ne serait pas nu, mais pour qu'une perpétuelle épithète rappelle qu'il n'est autre chose qu'une *conventio nuda*, un *nudus consensus* » (1). Et ailleurs, Cujas écrit encore : « Notez bien que tout pacte est nu. Le pacte légitime pour lequel une action est donnée, est nu; nu aussi le pacte adjoint *in continenti* à un contrat. Il ne faut pas s'imaginer qu'il y a des pactes nus et des *pacta justa* ou *vestita*; tous les pactes sont nus » (2). On pourrait multiplier les passages de Cujas dans lesquels reviennent de semblables déclarations. Toujours on y trouve la même affirmation. Tous les pactes sont nus, légitimes ou non, prétoriens ou non, adjoints ou non (3). Cujas parle donc comme l'auteur de la *Meditatio* (4), ou plutôt il exagère encore le pêle-mêle de notre auteur, car, ce dernier, on le sait, ne voulait pas appeler pactes nus les pactes légitimes. Il n'est pas interdit de croire que cet obstiné langage de Cujas a les mêmes origines, c'est-à-dire certaines scholies grecques du VI^e siècle.

Mais Cujas ne fut pas suivi. Le grand romaniste avait contre lui et l'ensemble des textes classiques et la tradition déjà bien établie, et la nécessité didactique d'une définition du pacte nu sans réserves ni sans distinctions. Dès le début du XVII^e siècle, Antoine Fabre reprochait à Cujas d'avoir commis une lourde erreur en

(1) Commentaire du liv. X des questions de Papinien, sur la loi 72, D., XVIII, 1, edit. Naples, 1777, IV, p. 229.

(2) Nota, omne pactum nudum esse. Pactum legitimum ex quo actio datur, nudum est. Pactum, quod ex continenti additur contractui, nudum est. Nec putandum est aliud pactum esse nudum, aliud justum aut vestitum: omnia enim nuda sunt.

(3) Cf. Cujas, opp. I, p. 797, D., III, p. 285, D., VIII, p. 829, C.

(4) V, 9 : *νόδα οὗν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ continenti καὶ εἰσώτοις*.

NOUVELLE
REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

J. TARDIF

Docteur en droit,
Archiviste-Paléographe

M. PROU

Membre de l'Institut,
Professeur à l'École
des Chartes

G. APPERT

Docteur en droit

P. DARESTE

Docteur en droit

P. F. GIRARD

Professeur à la Faculté
de droit de Paris

P. FOURNIER

Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté
de droit de Paris

R. de FRÉVILLE

Archiviste-Paléographe,
Secrétaire de la Rédaction.

E. PERROT

Professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier
Rédacteur du Bulletin bibliographique

TRENTE-HUITIÈME ANNÉE

1944

Réimpression publiée avec l'accord des Editions SIREY.

SCHMIDT PERIODICALS GMBH

D-8201 Bad Feilnbach 2/W. Germany

1985.

LA
MEDITATIO DE NUDIS PACTIS⁽¹⁾

(Suite).

IV

La « *Meditatio de nudis pactis* » n'est pas un exercice d'école, mais le votum d'un juge dans un procès.

La *Meditatio* a-t-elle été rédigée à l'occasion d'un procès, ou n'est-elle qu'un exercice d'argumentation juridique? Telle est la question à résoudre.

Les Romains avaient beaucoup aimé les déclamations. Dès le premier siècle de l'ère chrétienne, ce genre littéraire prend sa forme définitive (2). Sénèque le Père (3), dans le recueil qui a pour titre : *Oratorum et rhetorum sententiae, divisiones, colores*, nous a conservé, grâce à sa prodigieuse mémoire, un grand nombre de thèmes proposés et développés dans les écoles de rhéteurs sous Auguste et Tibère (4). L'ouvrage comprenait dix livres

(1) Voy. cette *Revue*, t. XXXVII, 1913, p. 135-168, 311-336, 474-510, 624-653.

(2) Cf. H. Bornecque, *Les déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille, 1902. Cf. G. Boissier, *Les écoles de déclamation à Rome*, dans le *Tacite* du même auteur, Paris, 1903, p. 197 sq.

(3) On le nomme à tort *le Rhéteur*, car il ne tint jamais une école de rhétorique.

(4) M. H. Bornecque a donné un bon texte et une excellente traduction des controverses et suasoirs de Sénèque le Père.

de controverses et plusieurs livres de suasoires. Nous n'avons plus qu'un seul livre de *suasoriae*, cinq livres non tout à fait complets de *controversiae*. Les livres 3, 4, 5, 6 nous sont connus seulement par les *excerpta* d'un inconnu du IV^e ou du V^e siècle. Les *suasoriae* sont des exercices de début dont on trouvera à peu près l'équivalent dans les discours français et latins qu'on demandait autrefois à nos élèves de rhétorique. Les controverses, exercices plus difficiles, étaient la préparation à l'éloquence judiciaire. Le maître donnait le sujet. Il appartenait à l'élève de le bien diviser (*divisio*), de l'orner de pensées brillantes (*sententiae*), d'inventer des incidents (*colores*) propres à émouvoir les auditeurs, de colorer les faits de façon à incliner les juges, soit vers l'absolution, soit vers la condamnation (1).

L'ouvrage de Sénèque le père eut beaucoup de succès (2). Il n'est inconnu ni de l'auteur des grandes et des petites *Declamations* attribuées à Quintilien (3), ni des rhéteurs des temps qui suivirent. Sa vogue constante témoigne du goût que l'on eut toujours à Rome pour cette méthode de formation et de développement du goût et de l'éloquence. Au Bas-Empire on a une raison de plus d'aller chez le rhéteur : on y apprenait à combattre les payens par

(1) Le rhéteur enseigne à plaider le pour et le contre. Il tient la promesse de Protagoras : τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν (Cf. A. Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, IV, p. 45 sq.). C'est de quoi s'indignera Constantin Monomaque lorsque, dans la célèbre constitution qui fonde une école de droit, il écrira, § 19 : οὐ γὰρ δὴ ῥητορικὴν φαίην εἶναι τὴν τὸ πιθανὸν ἀπιθάνως ἢ καὶ πιθανῶς τὸ ἀπιθάνον κατασκευάζουσαν τέχνην.

(2) Il y a de tout dans les *Controversiae*, même des pages agréables et d'un tour spirituel. Comme exemple, on peut citer, après M. Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*, II, p. 226, le développement de Porcius Latro sur les matrones qui paraissent dans les rues le corps à peine moins visible que si elles étaient nues, *paulo obscurius quam posita veste nuda*. V. *Controv.*, II, 7 (15).

(3) Les grandes déclamations ne sont certainement pas de Quintilien, et probablement les petites ne lui appartiennent pas davantage. Cf. Schanz, *Geschichte der römischen Literatur*³, II, 2, München, 1913, p. 475 sq.

leurs propres armes (1), et la rhétorique donnait aux esprits un pli qui ne s'effaçait plus. Il va de soi que dans les controverses la législation romaine n'était ni toujours ni exactement invoquée. L'imagination du maître jouait son rôle dans le choix du sujet et la fantaisie de l'orateur, dans le choix des règles légales qu'il convenait d'appliquer. Mais parfois l'orateur se souvenait ou s'enquerrait du droit positif et des lois romaines. On sait que les romanistes ont trouvé plus d'un renseignement utile dans les *controversiae* de Sénèque et les *declamationes* de Quintilien (2).

Le goût des déclamations se retrouve chez les Byzantins, d'autant plus fort que c'était l'ancienne Grèce qui l'avait communiqué à Rome (3), et que, sous la domination romaine, les pays de langue grecque ne cessèrent pas de produire des nuées de rhéteurs, de sophistes et de grammairiens (4). La rhétorique et la logique étaient les arts par excellence pour ces Grecs de Byzance épris de beau langage et dont l'esprit se tournait si volontiers vers la recherche spéculative. Toujours ils sont prêts à entrer dans la maison de Protagoras pour y surprendre les secrets de l'éloquence, à discuter avec Socrate et Phèdre

(1) C'est ce qu'on lit dans la *Vita Socris* (Cf. Nov. 42, ch. 1, § 2) de Zacharie le Scolastique (*Patr. Orient.*, éd. Kugener, II, et Spanuth, *Programm des Königl. Gymnasiums zu Kiel*, 1893).

(2) Voir dans Bornecque : *Les déclamations et les déclamateurs*, le chapitre intitulé : Le droit dans les controverses. On rapprochera l'article de Lécirvain : *Sur le droit grec et romain dans les controverses* (*Nouv. Rev. hist.*, XV (1891), p. 680 et s.), et l'étude de Dirksen : *Ueber die durch griechische und lateinische Rhetoren angewendete Methode der Auswahl und Benutzung von Beispielen römischrechtlichen Inhalts*, qu'on trouvera dans les *Hinterlassene Schriften* de ce savant.

(3) Quintilien, *Inst. Or.*, II, 4, 45 : *Fictas ad imitationem fori consiliorumque materias apud Graecos dicere circa Demetrium Phalerea institutum fere constat*. Philostrate, *Vitae sophistarum*, I, 5, fait remonter à Eschine l'origine de la deuxième sophistique. Des rhéteurs grecs figurent dans les *Controverses* de Sénèque.

(4) Voir surtout la belle édition des *Rhetores Graeci* de Ch. Walz, parue de 1832 à 1836 à Stuttgart, Tübingen et Paris. Cf. M. Croiset, *Histoire de la littérature grecque*, V, ch. iv.

sur le mouvement circulaire des âmes et la beauté parfaite qui rayonne dans les espaces infinis (1). Au cours des siècles la matière des déclamations est devenue très riche : sujets mythologiques, narrations, éloges, lieux communs, éristique, réfutations, démonstrations, sentences, éthopées, tout est bon pour ces travaux d'école, tout convient aux μελέται εἰς τὰ προγυμνάσματα καὶ εἰς τὰς στήσεις (2).

Il serait donc contraire à toute vraisemblance de soutenir que les controverses n'avaient pas leur place dans l'enseignement du droit (3), et qu'elles étaient délaissées ou ignorées dans les grandes écoles de Constantinople, de Rome et de Beryte. Il est vrai que Justinien, voulant rendre son œuvre législative immuable, avait interdit tout commentaire, toute exégèse du Digeste, ne permettant que les traductions κατὰ πᾶσας, les *Indices* et les *Paratitla* (4).

(1) Cf. Ouvré, *Les formes littéraires de la pensée grecque*, Paris, 1900, p. 362 sq.

(2) V. Walz, *op. cit.*, I, p. 550 sq. Dans la préface, p. ix, Walz écrit : *Ita enim omnium temporum libris propositis satis elucebit, vix aliud Graecae doctrinae genus per tot tantasque viginti fere seculorum vicissitudines, a Gorgia Leontido usque ad Constantinopolin expugnatum, aequabiliter et constantius servatum esse, quam ipsa haec rhetorum et sophistarum disciplina*. Cf. Krumbacher, *Geschichte der byzantinischen Litteratur*², p. 442 sq., 451, 455, 462 sq. A noter, p. 463, la juste remarque de Krumbacher sur le nom du rhéteur Jean Doxapatres, sans doute un parent du récent scholiaste des Basiliques, Grégoire Doxapatres. Il faut rejeter la forme *Doxapatros* adoptée par Walz et la forme *Doxapatri* adoptée par Zachariae von Lingenthal, *Geschichte*³, p. 34 et *passim*. V. aussi Krause, *Die Byzantiner des Mittelalters in ihrem Staats- Hof- und Privatleben*, Halle, 1869, p. 291 et s.; Schemmel, *Die Hochschule von Konstantinopel*, Berlin, 1912.

(3) Michel Attaliat, dans le préambule de l'acte de fondation de son hospice, se vante d'avoir été initié à la philosophie et à la rhétorique comme aux lois. V. Miklosich et Müller, *Acta et Diplomata.*, p. 298 *in fine*.

(4) V. Const. *Deo auctore*, § 12; Const. *Tanta*, § 21; Const. Δέδωκεν, § 21; Const. *Summa reipublicae*, § 3. C'est à tort qu'Heimbach, *Proleg. Basilicorum*, p. 3, a soutenu, en assimilant les *Indices* aux *Paratitla*, que la défense de Justinien ne concernait que deux sortes d'écrits. Heimbach reconnaît d'ailleurs que, dans la suite, on distingua les *Indices* des *Para-*

On peut même admettre que la défense s'étendit aux Institutes et au second Code (1). Mais on ne saurait faire rentrer les *declamationes* dans la catégorie des écrits prohibés. D'ailleurs la défense de Justinien était, en pratique, difficilement applicable, et du vivant même de cet empereur elle tomba en désuétude. Elle ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer à l'enseignement oral. Les cahiers de cours des étudiants, se répandant parmi les praticiens, firent connaître les commentaires des maîtres (2).

titla. Cf. Laborde, *Les écoles de droit dans l'empire d'Orient*, 1912, p. 130 sq.; et surtout Zachariae v. L., *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 1844, p. 795 sq.

(1) Cf. Heimbach, *op. cit.*, p. 3; Riccobono, dans le *Bulletino del Istituto di diritto Romano*, IX (1896), p. 272. *Contrà*, Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², 1912, p. 407.

(2) C'est ainsi que l'on explique généralement l'existence des commentaires sur l'œuvre de Justinien écrits sous ce prince, et notamment l'existence d'un commentaire de Théophile sur le Digeste. Il faut reconnaître que l'explication coutumière souffre difficulté. Aussi M. Riccobono, *op. cit.*, p. 272 sq., a-t-il soutenu que les juristes contemporains de Justinien n'avaient fait que reproduire, pour interpréter les compilations, les commentaires que leurs prédécesseurs avaient écrits sur les textes anciens. De la sorte, écrit M. Riccobono, les juristes échappaient à la *poena falsi* qui sanctionnait les défenses de Justinien. Ni le talent ni le savoir de M. Riccobono ne parviennent à nous convaincre : son interprétation des constitutions citées *suprà*, p. 288, n. 4, va trop à l'opposé de l'intention qui les a dictées. M. Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, 1913, p. 45 sq., a, pour sortir d'embarras, pris une autre voie. Ce savant soutient qu'avant le Digeste, compilation officielle, il y a eu un Digeste, compilation privée, œuvre des juristes immédiatement antérieurs à Justinien, en usage d'abord dans les écoles et de là dans la pratique. Cette compilation privée contenait déjà les trois masses Sabinienne, Edictale, Papinienne. Elle ne différait guère de la compilation officielle de Justinien que par la masse de l'*Appendix* et l'utilisation séparée de quelques ouvrages des juristes classiques (Réponses de Paul et de Papinien). Les commissaires de Justinien eurent donc peu à faire pour élaborer le Digeste, et cela explique la rapidité de leur travail. C'est pour la compilation privée qu'avaient été écrits, pense M. Peters, les commentaires de Théophile sur le Digeste. — La thèse de M. Peters, conduite avec une érudition très avertie et une dialectique serrée, fait d'abord grande impression. A la réflexion, les objections apparaissent : que deviennent les déclarations faites dans les constitutions *Deo auctore*, § 2; *Tanta*, § 1? Justinien a souvent menti, c'est entendu. Mais aurait-il osé mentir solennellement à des gens qui avaient en main la preuve du mensonge? Et puis les auteurs de la compilation privée n'auraient point osé ni pu

Rien donc n'empêche de penser que l'usage des controverses se soit maintenu comme exercice d'école, aussi longtemps que se maintint l'enseignement du droit. A toutes les époques de renaissance de cet enseignement (1), sous Héraclius (2), sous Michel l'Ivrogne (3), sous Constantin Monomaque (4), sous Michel Paléologue (5), toutes les fois qu'on voulut apprendre méthodiquement le droit à des jeunes gens, il fallut bien les exercer à traiter de vive voix et par écrit les sujets d'argumentation. Mais alors pourquoi ne pas voir dans la *Meditatio de nudis pactis* une pure déclamation ? N'était-ce pas le sentiment de Leunclavius quand il écrivait en marge de son texte : *licebit declamationem dicere* (6) ?

retoucher des textes, surtout pour en changer le sens. Enfin, ces retouches si nombreuses exigèrent des compilateurs de Justinien une revision approfondie. Dès lors, l'étonnement que cause leur rapidité de travail, étonnement que M. Peters prétend faire cesser, subsiste encore avec sa thèse. Ces objections et d'autres encore sont présentées avec force par M. Rotondi dans un article récemment paru qui a pour titre : *Sul modo di formazione delle Pandette a proposito di una nuova ipotesi* (estratto del periodico : *Il Filangieri*, sett.-ottobre 1913). — Cette note était écrite quand ont paru, dans la *Zeit. für Sav. Stiftung*, XXXIV (1913), R. A., deux comptes rendus du livre de Peters : l'un de Lenel, p. 373-390; l'autre de Mitteis, p. 402-416. Ces deux savants rejettent les conclusions de M. Peters. Mais tandis que le premier ne croit aucunement à un Prédigeste, le second, M. Mitteis, est moins radical et admet qu'il a pu exister avant Justinien des chrestomaties des écrits classiques faites en vue de l'enseignement et qu'ont pu utiliser les commissaires de Justinien. En outre, M. Mitteis admettrait avec M. Peters des interpolations préjustiniennes. En effet, les points de vue nouveaux et les interpolations qu'on trouve au Digeste impliquent nécessairement le travail des générations antérieures. Au demeurant, M. Mitteis reproche surtout à M. Peters, moins la nouveauté de sa doctrine que la prétention d'en avoir donné des preuves décisives.

(1) Cf. le prologue que Sathas, *Bibliotheca graeca medii aevi*, IV, p. xxi sq., a écrit en tête de l'histoire de Psellus.

(2) V. le curieux dialogue entre la Philosophie et l'Histoire en tête des *Octo libri historiarii* de Theophylacte Simocatta, éd. Bonn, p. 22-26. Cf. Schemmel, *op. cit.*, p. 14.

(3) *Genesii Regum lib. IV*, éd. Bonn, p. 98.

(4) V. *infra*, p. 292, n. 7.

(5) Cf. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, III, p. 207.

(6) *J. G. R.*, II, p. 192. Leunclavius donne certainement au mot *decla-*



De spécieuses raisons ne manquent pas pour soutenir cette opinion :

1° Le litige est né d'un contrat fait entre un monastère et un protospathaire. Or le texte n'indique ni le nom du monastère ni le nom du protospathaire, ni la somme payée aux moines, ni le nombre d'années pendant lesquelles le contrat fut exécuté (1), ni l'objet du pacte modificatif d'où naquit le procès. On ne nous dit même pas qui a saisi le tribunal et joué le rôle de demandeur. Le silence gardé sur des éléments d'informations si importants au point de vue pratique surprend d'autant plus que notre texte contient de nombreux exemples de contrats pour lesquels l'auteur donne des chiffres et toutes sortes de précisions (2).

2° Le ton est parfois oratoire (3) et souvent didactique (4). Dès le début (5) l'auteur nous déclare qu'il veut apprendre à ceux qui l'ignorent la classification des pactes. Il ne tiendrait pas un tel langage à des juges, à des collègues d'un tribunal. La bienséance ne lui permettrait pas de faire devant eux un étalage d'érudition qui sent le pédagogue, ni surtout de faire entendre à ses collègues qu'ils peuvent, eux, céder à la malveillance et à la corruption (6).

3° Un vrai juge s'adresserait au tribunal tout entier; il ne prendrait pas directement à partie un membre du tribunal. Admettons cependant qu'il interpelle un col-

matio le sens d'exercice oratoire et non celui de discours emphatique et banal qu'il a quelquefois en latin et qu'il a souvent en français.

(1) Cf. VII, 3, 8, 9, 10; VIII, pr.

(2) Ex gr. : V, 25-28, 31-33; VII, 16.

(3) III, 2, 3; V, pr., 1-5, 12.

(4) VI, 7, 11; V, pr., 19.

(5) Pr., et 1.

(6) Pr. pr.

lègue : ce faisant il n'aurait pas recours à l'ironie et à la menace (1). Il ne le traiterait pas d'insensé (2), de prétendu législateur (3), ne le provoquerait pas à la production de myriades d'écrits pour déclarer par avance que ces écrits n'auront rien de sérieux (4). Un vrai juge enfin ne feindrait pas de craindre les mauvais traitements (5) et n'invoquerait pas contre un collègue le tribunal de Dieu (6).

Tout cela se peut mettre dans une pièce d'éloquence, mais non dans le *rotum* d'un juge.

4° Il semble aussi que, s'il s'agissait d'un procès réel, une allusion serait faite ou à la nature du tribunal ou à sa compétence ou à la ville dans laquelle il siège, ou à l'empereur heureusement régnant. Or sur tous ces points notre texte est muet.

5° Enfin l'on verra plus bas que l'on peut, avec vraisemblance, dater la *Meditatio* du règne de Constantin Monomaque. Or le prince avait fondé à Constantinople une faculté des lettres et une faculté de droit. Un homme illustre par son savoir et par son éloquence — γλώσσης εὐροίη καὶ πολυμαθείας περισσίη, — Jean Xiphilin, fut mis à la tête de la faculté de droit. « Nous voulons, dit l'ordonnance de fondation (7), que nos lois utilisent les discours comme de brillants doryphores, et qu'elles soient, comme les reines de toutes choses, défendues contre ceux qui, par une audacieuse sophistique, ne craignent pas de les calomnier, car personne ne confondra l'art de la rhétorique avec l'art qui apprend à présenter le croyable comme incroyable et l'incroyable comme

(1) III, pr., 3, 5; V, 12; VI, 14, 18; IV, pr.

(2) III, 3.

(3) III, 3.

(4) VI, 14.

(5) IV, pr.

(6) III, 3.

(7) Cf. *Archivio giuridico*, XXXIII (1884), p. 486. On reviendra, plus tard, sur cette importante constitution.

croyable... » (1). Pour donner aux étudiants une préparation telle que l'empereur la souhaite, Xiphilin dut donc leur demander des argumentations et des dissertations sur des procès fictifs dont il indiquait par avance et l'objet et l'issue.

Si l'on observe que le mot *μελέτη* signifie souvent un *exercitamentum rhetoricum*, une déclamation (2), on se croira, sans doute, autorisé à considérer notre *Meditatio* comme un devoir rédigé à l'école de droit, peut-être revu par Xiphilin et que le hasard ou la valeur du travail ou l'admiration pour Xiphilin nous a conservé.



Ces raisons ne nous semblent pas décisives.

Il est vrai que de nombreuses expressions révèlent chez l'auteur de notre texte des habitudes d'école. Mais plus on pèse les mots, plus on analyse les arguments, plus on est attentif à la conduite générale des idées, et plus on se convainc que la *Meditatio* est un *votum*, prolixe sans doute et chargé d'un détail superflu, mais un vrai *votum*, donné, dans un procès véritable, à des juges qui sont les collègues de l'opinant et qui savent que leur décision aura un grand retentissement, car ils forment le plus haut tribunal de l'Empire (3), et qu'elle fixera la jurisprudence en matière de pactes adjoints et de *mutuus dissensus*. Cette importance doctrinale et

(1) Βουλόμεθα γὰρ τοὺς ἱεροὺς ἡμῶν νόμους οἷονεῖ τισι λαμπροῖς δορυφόροις χρῆσθαι τοῖς λόγοις καὶ πανταχοῦ παρ' ἐκείνων ὡς Βασιλεῖς τῶν ὅλων πραγμάτων ὑπερασπιζέσθαι..... πρὸς τοὺς ἐπιτεάζειν αὐτοῖς ἐκ τῆς θρασυτάτης οὐκ ὀκνοῦντας σοφιστικῆς· οὐ γὰρ δὴ ῥητορικὴν φάτιν ἂν τὴν τὸ πιθανὸν ἀπιθάνως ἢ καὶ πιθανῶς τὸ ἀπιθάνον κατασκευάζουσιν τέχνην.

(2) On trouvera dans les *Rhetores Graeci* de Ch. Walz, I, p. 550 sq. et dans les *Anecdota graeca* de Boissonade, 5, 350 sq., les *προγυμνάσματα* et les *μελέται* de Georges Pachymère (1242-1310).

(3) V. *infra*, p. 339.

pratique suffit à expliquer pourquoi la *Meditatio* nous a été conservée, surtout si l'on admet qu'elle exprime l'opinion qui l'emporta définitivement devant les tribunaux et dans l'enseignement. De nombreux praticiens, de nombreux professeurs s'en procurèrent une copie, et *brevitatis causa* négligèrent de reproduire les noms des parties, les chiffres du litige et toutes les indications qui n'offraient pas un intérêt durable. C'est une de ces copies que nous trouvons dans le *Codex Marcianus*, 179.

Le délibéré du tribunal fut long, et notre auteur n'eut pas assez d'une seule séance pour faire connaître et motiver sa façon de penser (1). Il avait à réfuter l'avis d'un de ses collègues, juge parvenu au faite des honneurs (2), en possession d'une grande renommée de savant, philosophe madré (3), qui, tant son influence était grande, faisait l'effet du législateur lui-même, et qui, sur la théorie des pactes, professait une doctrine différente. Ce juge considérable est un adversaire ardent, mal commode, ne supportant guère la contradiction. Il émet les avis les plus contestables et critique ce qu'on ne peut raisonnablement critiquer (4). Quand un autre parle, en collègue discourtois il ricane et se moque (5). Cette attitude agace beaucoup notre auteur et le pousse à des interpellations personnelles un peu vives (6). Encore qu'il se prétende lui aussi un disciple de la sagesse divine (7), il est tout près de s'emporter. Cela se voit bien quand il rappelle en phrases éloquentes et grandiloquentes qu'il y a un juge suprême, un juge des

(1) III, pr.

(2) VI, 4 : ... νόμους ... οἱ σε πρὸς μέγιστον ὕψος καὶ δόξης καὶ εὐδαιμονίας ἀνήγαγεν καὶ περιβόητον ἔθεντο.

(3) VI, 24 : ὦ φιλοσοφώτατε καὶ διαιρητιζώτατε.

(4) VI, pr. : ὁξὺς ὢν καὶ τῶν ἀνεπιλήπτων ἐπιλαμβάνεσθαι.

(5) III, 2, 5; IV, pr.; V, 11; VI, pr.

(6) VI, 3-5.

(7) VII, 12 : καὶ τῆς αὐτοσυρίας γὰρ ἐσμὲν μαθηταί.

juges (1); cela se voit mieux encore quand il va jusqu'à insinuer que son contradicteur, pour éminent qu'il soit, ne connaît guère les Basiliques et ignore, ou peu s'en faut, les grands recueils de Justinien et les commentaires de Stéphane (2).

Ne sont-ce pas là des traits, des précisions qu'un élève en déclamation n'aurait pas imaginés, et qui ne sont à leur place que dans un délibéré véritable entre personnages réels et même importants?

Ajoutons enfin que nulle part, dans les œuvres des rhéteurs grecs et latins, on ne trouve de *controversiae* ou de *μελέται* qu'on puisse, pour le savoir, l'habileté juridique, les développements exégétiques, rapprocher même de loin de la *Meditatio de nudis pactis*. Il fallait, pour écrire notre texte, une culture et une fermeté d'esprit qu'on ne rencontrait pas plus chez les élèves des rhéteurs que chez les apprentis en droit.



Au reste, il n'y a pas à s'étonner que dans notre procès les juges aient donné, par écrit (3), leur vote sous forme de *μελέται*. Un texte de la *Περὶ*, LI, 46, relatif à une affaire contemporaine ou à peu près, dans laquelle les juges étaient également divisés, nous fait bien voir comment alors on procédait. Lisons le texte (4) :

« Liv. VII, tit. 1, ch. dernier, nouvelle 125 (5). Une loi existe qui ordonne, en cas de dissentiment, à chaque juge de donner sa propre *sententia* (6). Une autre loi (7)

(1) III, 3.

(2) III, 4; VI, pr., 8, 15, 16, 26, 27, 28; VII, 19; VIII, 3.

(3) VI, 29 : ἰδού ταῦτα καὶ γραφῇ δίδονται. VII, pr. : περὶ τῆς ὑποθέσεως, ἢ τῇ παρούσῃ γραφῇ τὰς αἰτίας πρὸς τὴν ἡγεσίαν.

(4) V. *Jus Graeco-Romanum* de Zachariae, I, p. 244.

(5) V. Heimb., *Bas.*, I, p. 247.

(6) *Bas.*, VII, 1, 18; Nov. 125, ch. 1.

(7) *Bas.*, IX, 3, 36; Dig., XLII, 1, 36.

dit que l'avis de la majorité l'emporte (1). Ophrydas pensait que ces deux lois étaient contradictoires et quasiment opposées; que l'une, celle déclarant que l'avis de la majorité l'emporte, était la loi ancienne, la loi du Digeste, et qu'elle avait été supprimée par la loi plus récente forçant le juge à produire son *rotum*. Mais, interrogé par moi (2), le *Nomicus* par excellence, le très sage Magister, expliqua pourquoi la remarque d'Ophrydas n'était pas juste. Aucun des textes des Basiliques n'est supprimé, mais les deux lois susdites valent à l'occasion *et secundum subjectam materiam*. Lorsque, par exemple, dix juges sont en désaccord, six se rangeant à une sentence, et quatre jugeant autrement, tous sont contraints d'émettre leur vote et de le produire par écrit. Le vote des six est le plus fort et vaut, non pas qu'il échappe à l'appel (3), mais il vaut jusqu'à ce qu'on ait examiné en appel si, oui ou non, les autres quatre juges contradicteurs n'avaient pas raison. C'est pour cela qu'il est dit (dans le texte) que la *sententia* de la majorité l'emporte, parce que le vote émis par les quatre n'est pas pris en considération. Mais, en cas d'appel, la décision des six est rectifiée si elle a été rendue par inexpérience (4), ignorance ou bien oubli. Elle est maintenue pour la partie bien jugée, elle est rectifiée pour la partie fautive. Moi je disais : supposez que le vote (5) des

(1) Καὶ ἕτερος νόμος ἡ τῶν πλειόνων ψῆφος κρατεῖ. Ainsi que l'observe justement Zachariae, *J. G. R.*, I, p. 244, n. 4, ce texte prouve que la version : ἡ τῶν ἄλλων ψῆφος, donnée par Heimbach, *Bas.*, I, p. 457, est fautive.

(2) Celui qui interroge ainsi est l'auteur de la *πεῖρα*. Il paraît avoir été un employé du tribunal, plus tard juge lui-même. Il écrit un peu après la mort de Romain III Argyre, XLIX, 4. Cf. H. Monnier, *La Nouvelle L de Léon le Sage*, Paris, 1912, p. 32, n. 1.

(3) On suit la correction proposée par Zacharie : μὴ ὡς οὐγί.

(4) Nous lisons, avec Zachariae : ἀπειρίαν.

(5) Nous lisons dans le texte : φέρει ψῆφον au lieu de : φέρει τυχόν. Zachariae propose de lire : ψῆφον τυχόν. De toute façon, il faut corriger le texte donné par le *Cod. Laurentianus*, I.XXX, 6.

six juges a été remis, à une des parties, que l'autre vote, émis par les quatre juges, a été remis à l'autre partie (1), et que personne n'ait appelé, les parties ayant laissé s'écouler le délai d'appel. Qu'advient-il donc? Quelle décision triomphera? Le Magister déclare que le vote des six l'emportera, l'expiration du délai d'appel ayant enlevé toute force au *votum* des quatre. Et c'est ainsi, disait-il, que les deux lois trouvent leur application sans qu'il y ait désharmonie entre elles ».

Outre qu'il nous fait connaître le juge Ophrydas, qui était un ardent ennemi de Xiphilin (2), le chapitre LI, 16, de la *Πεῖρα* nous renseigne sur un point important et curieux de la procédure byzantine. Il nous apprend que les juges d'un procès, tout au moins dans le cas de dissentiment, devaient donner leur opinion par écrit. Cette *μελέτη*, ou plutôt une copie conforme, était remise aux intéressés. Les plaideurs apprenaient ainsi le *votum* de chaque juge. Ils pouvaient, grâce à cette communication, vérifier aisément si le tribunal avait suivi l'opinion de la majorité et se décider en parfaite connaissance de cause à faire ou à ne pas faire appel dans les délais.

V

De l'objet du procès, des parties litigantes, du tribunal saisi.

Puisqu'un procès véritable a eu lieu, la première question à examiner est celle-ci : Quelle est l'affaire qui a donné l'occasion d'écrire la *Meditatio*? Il faut bien reconnaître que le souci de nous renseigner n'a pas

(1) Dans la constitution d'Alexis I Comnène relative à une question de testament irrégulier, *J. G. R.*, III, p. 344, il est fait allusion au *votum* de la majorité des juges : τὸ πλεῖον μέρος εὐρίσκων τῶν δικαστῶν ὁμογνωμονοῦν ἐγγράφην ἐκείθεν τὴν ἐπὶ τούτῳ γνώμην κομίζεται.

(2) Il est encore question de cet Ophrydas dans la *πεῖρα*, XVI, 9 et XIX, 5. Nous le retrouverons plus tard.

beaucoup tourmenté notre auteur. Tout au contraire, il nous avertit qu'il dira seulement quelques paroles sur l'affaire à juger (1). Ce quasi-mutisme est fâcheux. Mais il s'explique. Parlant à des collègues qui connaissent le litige à fond, qui ont assisté aux débats, qui ont en mains toutes les pièces du dossier, notre auteur n'a pas à s'étendre sur des détails que chacun connaît. Content d'avoir fait étalage de son savoir, non moins satisfait d'avoir fait la leçon à son contradicteur, il se bornera à rechercher si quelques-unes des règles générales par lui rappelées donnent la solution du procès : Θεωρητέον εὐστύχως, εἰ τὸ περὶ αὐτῆς ἀμφίβολον ἐκ τῶν εἰρημένων τέμνεσθαι δύναται (2).

Il suit de là que l'on doit, pour répondre à la question posée plus haut, faire quelque place aux conjectures. On verra cependant que, tout considéré, cette place n'est pas excessive, et que ce qu'il faut nous résoudre à ignorer n'est ni essentiel ni même très important.



Une première convention — qui sera plus tard suivie d'une autre — a été faite entre un protospathaire et un monastère (3).

Ce n'est pas ici le lieu de dire ce qu'était un protospathaire. Il suffira de rappeler que le protospathariat est non pas une fonction, mais une dignité. C'est même une dignité très répandue. Administrateurs, généraux, fonctionnaires de la Cour en sont communément décorés (4).

(1) VII, pr. : Λοιπὸν οὖν ἔητέον τινὰ καὶ περὶ τῆς ὑποθέσεως, ἢ τῇ παρουσίᾳ γραφῇ τὰς αἰτίας παρέσχηκε.

(2) VII, pr.

(3) VII, 1 : τὸ μετὰ τοῦ πρωτοσπαθαρίου καὶ τῆς μονῆς γεγονός.

(4) Voir, pour exemples, Constant. Porph. : *De ceremoniis aulae byzantinae*, éd. Bonn, p. 731 sq. Cf. Schlumberger, *Sigillographic de l'empire*

Il ne faut faire exception que pour les clercs qui sont très rarement protospathaires, probablement parce que, à l'origine, le protospathariat était une fonction militaire.

Nous ne pouvons donc dire, au seul énoncé de sa dignité, si notre protospathaire était un personnage important. Mais pour le monastère il n'y a guère de doute; et, comme l'higoumène, surtout l'higoumène d'un monastère autodespote (1), est certainement un puissant (2), il est à croire que son adversaire était, lui aussi, un personnage important. Un *humilior* n'eût pas mené tant de bruit sur une contestation avec un établissement pieux, et l'affaire n'eût pas été évoquée au haut tribunal impérial (3). Naturellement on ne peut, dans le silence du texte, deviner quel était le monastère litigant. Dans l'empire il y en a beaucoup, et l'on sait que la nouvelle de Nicéphore Phocas qui défendait la fondation de nouveaux monastères (4) ne fut pas longtemps appliquée (5). Mais nous estimons que ce devait être un monastère de Constantinople ou des environs. Si nos plaideurs avaient habité au loin, aucun d'eux n'eût probablement réclamé, s'exposant à de grands frais et à une grande perte de temps, le privilège du tribunal impérial.

La première convention, — convention synallagmatique (6), — consistait en ceci : le protospathaire, agissant

byzantin, Paris, 1884, p. 589 sq., qui compare cette dignité à notre ordre de la Légion d'honneur.

(1) On verra plus bas, p. 315, pourquoi il y a lieu de croire que le monastère dont il est ici question est libre et autodespote.

(2) Cf. H. Monnier, *Études du droit byzantin*, II (Paris, 1900, p. 36) et Zach., *J. G. R.*, III, p. 246.

(3) V. *infra*, p. 48.

(4) V. *J. G. R.*, III, p. 292. La nouvelle de Nicéphore Phocas est de 964. Cf. H. Monnier, *Études du droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 520 sq.).

(5) La Nouvelle de Basile Porphyrogénète qui supprima celle de Nicéphore Phocas est de 988. V. *J. G. R.*, III, p. 303.

(6) VII, 1 : παρὰ πᾶσιν ἀνωμολογήσθαι συνάλλαγμα εἶναι τε καὶ ὀνομάζεσθαι τὸ μεταξὺ τοῦ πρωτοσπαθαρίου καὶ τῆς μονῆς γεγονός. Cf. VII, 6, 7.

tant pour lui que pour un autre, s'engageait à verser une certaine somme en or, moyennant quoi « les donateurs » devaient être reçus au monastère tout comme les moines et recevraient certaines prestations annuelles déterminées (1), sans toutefois qu'on pût les obliger à recevoir la tonsure tant qu'ils ne consentiraient pas à se prêter à cette cérémonie (2). Nos deux amis voulaient, on le voit, goûter les joies de la retraite, si passionnantes pour des âmes byzantines, mener la vie en commun (3), pratiquer l'abstinence, prier ensemble, méditer l'Écriture Sainte, s'adonner aux travaux manuels, mais ils ne voulaient pas du tout être tonsurés, au moins pour le moment. Notons qu'il s'agit ici non pas de la tonsure du clerc séculier, « tonsure partielle pratiquée de façon à dessiner sur la tête une double couronne » (4), mais de la tonsure monacale, c'est-à-dire de la coupe de cheveux qui marquait l'entrée dans la vie cénobitique, le moine étant dans l'obligation de porter les cheveux constamment ras.



Qu'une telle convention doive être rangée dans les conventions *do ut des et facias*, nul ne le contestera. Il est vrai que, parmi les engagements pris par le monastère, il y a celui de ne pas contraindre le protospathaire à la tonsure, engagement qui porte, pour parler le langage des

(1) VII, 3 : ... μένειν τε παρ' αὐτῇ (sc. μονῇ) ἐπίσης τοῖς ἄλλοις, καὶ λαμβάνειν ῥητά τινα; VII, 9 : "Ἦτε τῶν συμφωνηθέντων δίδοσθαι καταβολή διὰ τῆς ἐτησίης δόσεως τὴν ἐνέργειαν ἔσχηκε; VII, 12 : τὴν τῶν σιτηρεσίων καὶ ῥογῶν ἐτησίαν δόσιν. — Sur les σιτηρέσια, V. p. 301, n. 3. — Sur les *rogae* (*stipendia*), V. *Cotelerii Ecclesiae graecae monumenta*, I, p. 256; IV, p. 726.

(2) VII, 3.

(3) VII, 8 : καὶ τοῖς ἐν τῇ μονῇ μονάζουσι συνηνώθησαν.

(4) Cf. Pargoire, *L'église byzantine de 527 à 847*, Paris, 1905, p. 208. Cf. Mgr Petit, *Le monastère de Notre-Dame de Pitié*, Sofia, 1906, p. 107 sq.

interprètes, sur un fait négatif; mais notre auteur a soin d'observer, comme l'auraient observé les jurisconsultes classiques (1), que *facere* s'entend aussi d'un *non facere*: τὸ δὲ ἵνα μὴ ἀποκείρεσθαι με καταναγκάζητε, ποίησις· ποιῆσαι γὰρ ἐστὶ καὶ τὸ μὴ ποιῆσαι (2).

Il ne paraît pas d'ailleurs que la validité de l'engagement ait fait naître quelques doutes. Nulle part, dans notre texte, la question de nullité n'est soulevée. On peut donc tenir pour certain que notre monastère n'était pas de ceux dont le statut défendait toute concession de rente viagère (σιτηρέσιον) à un laïque, quel que fût le bénéfice que le traité pourrait rapporter (3). Peut-être cependant va-t-on objecter que les lois de l'Église et notamment les canons 5 et 19, *actio octava*, du deuxième concile de Nicée (4) avaient interdit d'exiger de l'argent pour l'entrée dans un monastère. On pouvait bien apporter une dot, mais l'apport n'était pas l'exécution d'un traité, d'une promesse obligatoire, c'était un apport volontaire, spontané, du postulant ou de ses parents (5).

(1) D., L, 16, 19.

(2) VII, 5.

(3) Par exemple, le monastère de Sainte-Marie de Macheras dans l'île de Chypre. Cf. *infra*, p. 318, n. 3. On lit, en effet, dans le typique du fondateur Nil, évêque de Tamassia : μηδὲν ἑτέρῳ πιπράσκειν σιτηρέσιον, καὶ κοσμικὸς τυγχάνη, καὶ μοναχός, καὶ πολλὴν καὶ μεγάλην ὠφελειαν ὑπισχνῆται τῇ μονῇ.... Michel Attaleiates, dans le typique dont il sera bientôt question (V. p. 316), permettait à un monastère de constituer une rente viagère, mais seulement moyennant dation d'un immeuble : εἰ δὲ περὶ προσκυρώσει ἀκίνητον κτήσιν πρὸς τὸ λαμβάνειν τοῦτον σιτηρέσιον... γινέσθω τοῦτο, καὶ ἵνα παρέχωνται αὐτῷ ὅπερ ἔχουσι συμφωνηθῆναι μέχρι τέλους ζωῆς αὐτοῦ καὶ μόνου.

(4) Περὶ τοῦ ἐκτὸς δόσεων τὰς καταταγὰς τῶν ἱερατικῶν ἀνδρῶν, μοναχῶν τε καὶ μοναστηριῶν γίνεσθαι. Il s'agit du concile tenu sous Constantin et Irène en 787. On en trouvera le texte dans Labbe, *Sacrosancta Concilia*, VII, p. 611.

(5) Cf. Canon, 19 : ἐπὶ δὲ τῶν παρὰ γονέων παραδεδομένων δίκην προικῶν τοῖς τέκνοις ἢ ἰδιοκτητῶν αὐτῶν πραγμάτων προσαγομένων... ὥρίσαμεν... μένειν αὐτὰ ἐν τῇ μοναστηρίῳ. Cf. pour l'Occident, Fleury, *Institut. au droit ecclésiastique*, I. ch. 23, et spécialement pour la France la déclaration royale d'avril 1693.

Ne faut-il pas voir dans la prohibition conciliaire un obstacle à tout accord du genre de celui que constate la *Meditatio* ?

On répondra d'abord : 1^o qu'il ne s'agit pas ici, d'un versement opéré pour être reçu moine. Le protospa-thaire, pour le moment, ne veut être ni moine, ni novice (1). Il veut participer à la vie cénobitique en réservant sa complète liberté dans l'avenir. Donc, si long que soit son séjour dans le monastère, il ne sera pas profès, à moins qu'il ne demande à faire profession : point de tonsure, point de bonnet, de sandales, de pallium. Il ne revêtira ni le petit ni, à plus forte raison, le grand et angélique habit (2). Pour tout cela on verra plus tard.

On répondra ensuite : 2^o que la prohibition conciliaire était, aux x^e et xi^e siècles, peu ou point observée. Sous le nom d'ἑπισταγή, les chefs ou les bénéficiers des monastères ne se gênaient guère pour exiger du profès l'apport d'une portion de son patrimoine (3). La coutume avait été plus forte que la loi canonique, comme le prouve bien la constitution dans laquelle Alexis I^{er} Comnène déclare vouloir désormais que l'ἑπισταγή cesse (4). Les fondateurs de monastères, qui craignaient les abus, avaient soin d'insérer dans l'acte de fondation l'exprès commandement d'admettre les postulants à la profession religieuse sans dation d'ἑπισταγή. C'est ce que font Michel

(1) Pour le noviciat, il y avait des délais à l'expiration desquels le novice était ou reçu moine ou renvoyé.

(2) Cf. Marin, *Les moines de Constantinople depuis la fondation de la ville jusqu'à la mort de Photius*, Paris, 1897, p. 112 sq. — On trouvera dans Goar, *Euchologium sive rituale Graecorum*, Paris, 1647, p. 473-493, l'office du petit habit et, p. 499-519, l'office du grand et angélique habit. Cf. B. Laurens, *La vie cénobitique à l'Athos*, dans les *Échos d'Orient*, IV, 1900, p. 83; Mgr Petit, *Le monastère de Notre-Dame de Pitié*, Sofia, 1900 (Extrait du *Bull. de l'Institut archéologique russe*), p. 18, 107, 109.

(3) V. *infra*, p. 306, n. 4.

(4) V. p. 303, n. 4.

Attaleiates en 1077 (1), l'impératrice Irène Ducas en 1118 (2), etc. Mais comme les fondateurs eussent compromis la vie matérielle des monastères en se montrant trop stricts sur l'interdiction des apports comme condition d'entrée, ils permettaient les dons volontaires (3).

On comprend bien qu'en pratique la prohibition de l'ἀποταγή se trouvait ainsi grandement affaiblie, pour ne pas dire éludée et tournée (4).

(1) Cf. Miklosich et Müller, *Acta et diplomata*, V, p. 313. Cf. p. 185.

(2) *Typicum Irenes Augustae*, ch. 7, dans Colclier, *Mon. Eccl. Graecae*, I, p. 163; dans les *Acta*, V, p. 338; dans Migne, *P. G.*, CXXVII, p. 684-1127.

(3) V. les textes cités p. 306, n. 4 et 5. On lira notamment le § 12 du typique du monastère de Sainte-Marie, à Chypre, *Acta*, V, p. 407. Le fondateur, l'hiéromonaque Nilus, commence par défendre l'ἀποταγή. Il ne faut pas de distinction du mien et du tien entre cénobites, ni que celui qui a fait un riche apport l'emporte sur celui qui est entré gratis, μή γένοιτο τοῦτο εἰς τὸν αἰῶνα, μή γένοιτο. Puis Nilus ajoute : Εἰ δὲ ἴσως αὐτὸς τι ἔχων ὁ ἀποχαριζόμενος τῷ θεῷ προσεγγεῖν αἰεῖτω, δεκτέον πρόπον τοῦνδε (suit l'énumération des formalités de l'oblation qui varient suivant qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble).

(4) L'ἀποταγή signifiait d'abord la *secessio a rebus materialibus* de celui qui se fait moine. C'est le seul sens que donne du mot le glossaire *ad scriptores mediae et infimae graecitatis* de Du Cange. L'ἀποταγή désigna ensuite l'apport fait au monastère pour réaliser la *secessio*. Cf. Meyer, *Die Haupturkunden für die Geschichte der Athosklöster*, Leipzig, 1891, p. 26, n. 1. Nécessairement, les apports étaient inégaux : tel apportait une riche dot, tel autre rien ou presque rien. Cette inégalité fut fatale à l'esprit monastique. Comme l'écrivait l'hiéromonaque Nilus, *Acta*, V, p. 407, l'ἀποταγή détruit la sainte obéissance (ἀναιρεῖ τὴν μακαρίαν ὑποταγήν). Pour les moines dont l'apport était important, la règle s'adoucissait de toutes manières. Nissen, *Die Diataxis des Michael Attaleiates*, Iéna, 1914, p. 62 et 64, observe finement que, dans le typique de Michel, la phrase qui contient la défense de l'ἀποταγή se termine par une défense de l'exomonitai. Probablement, on promettait aux gens riches, qui voulaient appartenir à un couvent, de continuer, moyennant le versement de l'ἀποταγή, à vivre dans le monde. La vie cénobitique se brise. Peut-être faut-il voir là une des causes de l'idiorrhythmie. On sait que l'idiorrhythmie apparaît au XIV^e siècle. Aujourd'hui encore, des couvents célèbres tels que Laura, Vatopédi, Iviron, etc., sont idiorrhythmiques. Le gouvernement y est démocratique et la propriété privée admise. Comme l'observait justement le moine Pachôme au XVI^e siècle (V. l'écrit de Pachôme dans Meyer, *op. cit.*, p. 213), des quatre devoirs essentiels du moine : s'abstenir de femme et de viande (τὸ ἀπέχεσθαι γυναικὸς καὶ κρέατος), être pauvre et obéissant (καὶ ἀκτῆμον εἶναι καὶ ἐν

En résumé, rien ne prouve que notre protospathaire veut entrer dans un monastère dont le Typikon prohibe expressément l'ἀποταγή. Et même en fût-il ainsi, puisque notre protospathaire ne faisait pas profession de vie religieuse, la prohibition ne le concernait pas.



Notre texte nous dit que le protospathaire a traité avec un monastère (1), et que, le cas échéant, une action sera intentée par ou contre les moines (2). Mais le texte ne nous dit pas quelles personnes ont, dans la convention avec le protospathaire, représenté le monastère. Pour suppléer au silence du texte, au moins dans quelque mesure, il faudrait savoir à quelle catégorie de monastères appartient celui dont il est ici question, et cela nous ne le savons pas non plus.

Dans le siècle où fut rédigée la *Meditatio*, c'est-à-dire le onzième, il y a beaucoup de différence entre les monastères, non pas seulement quant à la situation matérielle, mais encore quant à la situation juridique; et il va de soi que, suivant cette situation juridique, la qualité des personnes variera qui auront pouvoir de traiter au nom du monastère et d'engager ses ressources (3). Or, sur les diverses catégories de monastères, une Novelle d'Alexis I^{er} Comnène nous donne de précieux renseignements, et, comme elle permet aussi de mieux comprendre le genre de traité passé avec notre protospathaire, une analyse détaillée de cette

ἀποταγή), les Idiorrhythmes n'en pratiquent que deux. Cf. Laurès, dans les *Échos d'Orient*, IV, p. 80-81 et 287-295.

(1) VII, 1.

(2) VIII, pr., 2.

(3) Cf. Balsamon, dans le *Syntagma* de Ralli et Potli, II, p. 651 : διοικεῖσθαι τοῦς εὐαγεῖς οἴκου; κατὰ τὸ δοκοῦν τῷ κτήτορι, οὐκ ἐφέται..... ἀλλ' ἀπονομιστά τινα καὶ παράνομα διατάττεσθαι.

Novelle ne paraîtra peut-être pas inopportune (1).

Alexis I^{er} reconnaît que le patriarche peut incontestablement rechercher et corriger les *delicta animae* commis dans tous les monastères, dans les monastères libres comme dans ceux qui ont été l'objet d'une concession ou d'une donation et dans ceux qui ont été donnés pour la surveillance ou l'administration (2). Le patriarche a, en effet, le droit d'entrer pour enquêter sur les péchés commis aussi bien dans les *monasteria saecularia* que dans les *monasteria fisci* (3), en un mot, dans tous les monastères de sa province, qu'ils soient patriarcaux ou qu'ils soient impériaux et autodespotes (4). Dans les monastères patriarcaux déjà concédés par les patriarches antérieurs, le patriarche (ou son délégué) exerce le droit d'entrer pour enquêter sans aucune réserve; mais s'il s'agit de monastères libres et *sui juris* (5), il faut que le patriarche soit averti des péchés qui s'y commettent par une dénonciation ou par

(1) La Novelle d'Alexis, *De jure patriarchae circa monasteria*, a été conservée par Balsamon. V. Ralli et Potli, *op. cit.*, I, p. 141. On la trouve dans Bonnefoi, p. 71-75; Leunclave, I, p. 140-143; Zachariae, III, p. 407-410. Il y a quelque incertitude sur sa date. Zachariae hésite entre 1087, 1097 et 1112. V. *infra*, p. 308, n. 2.

(2) Τὴν ἐπιτήρησιν καὶ διορθώσιν τῶν ψυχικῶν σφαλμάτων... ἔχειν τὸν... πατριάρχην ἐπὶ τοῖς ἐλευθέροις μοναστηρίοις καὶ ἐπὶ τοῖς ἐπιδοθείσι καὶ ἐπὶ τοῖς δωρηθείσι καὶ ἐπὶ τοῖς κατ' ἐφορίαν ἢ οἰκονομίαν δοθείσι.

(3) εἰς τὰ κοσμικὰ καὶ εἰς τὰ τοῦ δημοσίου μοναστήρια.

(4) καὶν τε πατριαρχικὰ ὥσι καὶν τε βασιλικὰ καὶ αὐτοδеспота.

(5) εἰς δὲ τὰ ἐλεύθερα καὶ αὐτεξούσια μοναστήρια. Dans le typique de Léon, évêque d'Argos en Nauplie, pour le monastère de Sainte-Marie d'Area, *Acta*, V, p. 181, on lit : μηδὲ ὑπὸ ἑφορον ἢ χαριστικᾶριον ἢ ἕτερον τινα γενέσθαι ταύτην (sc. μονήν) ποτε ἐντελλόμεθα, μηδὲ τινι ἐσχηματισμένῳ ὀνόματι διοικήσεως ἴσως τῶν τῆς μονῆς πραγμάτων ἢ ἐπικουρίας καὶ ἀντιλήψεως ἐπεμβαίνειν τινα τῇ μονῇ καὶ οὕτω ταύτην πορθεῖν καὶ λείζεσθαι. ἀλλ' οὐδὲ αὐτοῦς τοῦς μεθ' ἡμᾶς ἐσομένους ἀρχιερεῖς ἐθέλομεν ὅλως πρὸς τὴν μονήν ἢ τὰ τῆς μονῆς παρακλύπτειν πράγματα ἢ ἐξουσιαστικὸν εἶναι τι δίκαιον ἐπ' αὐτῇ, ἀλλὰ πάντα τῆς χειρὸς αὐτῶν ταύτην ἀπάγομεν, τὴν ἀναφορὰν μόνην τοῦ ὀνόματος ἐν ταῖς θείαις μυσταγωγίαις τούτοις παραλιμπάνοντες καὶ τὴν τῶν ψυχικῶν σφαλμάτων ἐπιτήρησιν.

la commune renommée. Dans les monastères concédés ou donnés pour inspection et administration ou donnés sans restriction (1), non seulement le patriarche recherchera tous les *delicta animae*, mais, en outre, il examinera si les preneurs ont ruiné en totalité ou en partie les monastères (2). Spécialement, si les preneurs, auxquels on a concédé des monastères pour surveillance temporaire et autre administration (3), les ont pillés et ne veulent pas les rétablir dans leur état ancien, on les leur enlèvera, quelques titres qu'ils puissent invoquer, en leur laissant toutefois un délai convenable. Mais les ἀποταγχαί, étant contraires aux canons, ne seront plus ni données ni reçues (4). Elles cesseront entièrement désormais, et celui qui les recevra, s'il est higoumène, sera déchu de l'higouménat; s'il est charistikaire, sera expulsé du monastère (5). Cette prohibition

(1) ἐπὶ δὲ γε τοῖς κατ' ἐπίδοσιν δοθεῖσι μοναστηρίοις καὶ κατ' ἐφορείαν ἢ οἰκονομίαν ἢ παντελῇ ἐλευθερίαν. Leunclave corrige les derniers mots et lit : παντελῶς ἐλευθερίοις, mais à tort, ce nous semble, car alors les trois catégories de monastères non libres indiquées au début de la Novelle (V. p. 305, note 2), ne se retrouvent plus. Cf. *Acta*, V, p. 397 : παντελῇ ἀτελείαν καὶ ἐλευθερίαν ἐδώρησατο. V. cependant Nissen, *Die Diataxis*, p. 58.

(2) εἰ κατελύθησαν (τὰ μοναστήρια) ἢ καταλύονται μερικῶς ἢ καθόλου παρὰ τῶν λαβόντων ταῦτα.

(3) οἱ δὲ κατ' ἐφορείαν καιρικὴν καὶ ἑτέραν οἰκονομίαν ἐκδοθέντα κατέχοντες.

(4) Αἱ δὲ ἀποταγχαί, ἐπεὶ παρὰ κανόνας δίδονται καὶ λαμβάνονται σχολάσονται παντελῶς ἀπὸ τοῦ νόου. Cf. *supra*, p. 306, n. 3 et 4 et Zach., *J. G. R.*, III, p. 244 et 251.

(5) On admet généralement que c'est au x^e siècle qu'apparaît, en Orient, l'usage de concéder (donner en commende) le monastère à des laïques. Cf. Krumbacher, *op. cit.*, p. 140 et 345. Si l'on en croyait Jean d'Antioche (V. *infra*, p. 308, n. 2, *Cotel. monumenta*, I, p. 170), le charisticariat daterait de Constantin Copronyme. Mais le ch. 49 du concile *in Trullo* (*Quinisextum*) 692 — μήτε ὑπὸ τινος τῶν ἀπάντων κοσμικῶς ἀνδράσι ταῦτα (τὰ μοναστήρια) ἐκδίδεσθαι; cf. *Concilia* de Labbe et Cossart, VI, p. 1165 — incline à penser que les débuts du charisticariat remontent plus haut. D'après Nissen (*Die Regelung des Klosterwesens im Römerreiche*, 1897, p. 13), il faudrait en chercher les commencements dans les emphytéoses temporaires ou perpétuelles que Justinien avait permises. Cod., 1, 2, 24; Nov. 7, pr., 3; 120, 1, 6. — Nous n'avons pas pu consulter ni l'étude d'Uspensky sur le cloître de Saint-Mamas signalée par Kurtz, *Byzant. Zeit.*, II, p. 137, ni, du

des ἀποταγῆς ne s'étend pas aux oblations volontaires, spontanées (προσενέξεις), de ceux qui viennent à la tonsure (1). Ces oblations seront reçues, inscrites, au su du patriarche, dans le *Brevium* du monastère (2). Ceux qui possèdent les monastères (3) n'en toucheront rien, même si leurs titres leur attribuent ἀποταγῆς et προσενέξεις. Il est bien entendu que de ces oblations maintenues (4), personne ne pourra disposer, quels que soient les titres invoqués.

Cependant, quand un séculier est altéré de son propre salut (5), le patriarche, qui a la charge des âmes des séculiers comme de celles des moines, ne pourra guère refuser de placer ce séculier dans un monastère et d'assurer ainsi le salut du suppliant. Il aura le droit de placement autant et plus que le *Charisticarius*, et sans aucun empêchement, sauf s'il ordonne qu'un laïque ou un moine d'un autre monastère patriarcal prenne une *fraterna portio*. Car il ne faut pas que, par la concession de l'exomoniat à un laïque ou à un moine, on grève le monastère d'un adelphat qui récompensera les esomnites de leur régularité en leur enlevant les moyens de vivre.

Alexis permet cependant au patriarche de décider qu'un *humilior* tout à fait misérable, ou encore les prélats qui ont perdu leur siège — il s'agit ici des évêques pauvres dont les diocèses sont occupés par les Turcs et autres envahisseurs — recevront d'un monastère riche le nécessaire, pourvu que le nombre des

même savant russe, *Les délibérations et décisions du Synode permanent de Constantinople aux XI^e et XII^e siècles, touchant la Collation des biens ecclésiastiques*, signalées *Échos d'Orient*, IV, p. 188, par Mgr Petit.

(1) Αἱ δὲ ἀπὸ τῶν προσερχομένων εἰς ἀπόταρσιν γινόμεναι ἐκούσιως κατὰ γνώμην τῶν προσφερόντων προσενέξεις προσδεχθήσονται.

(2) Cf. *J. G. R.*, Leuncl., I, p. 434, Sur le mot βρέβιον. V. Nissen, *Die Diataxis*, p. 69, et Meyer, *Byzant. Zeitschrift*, IV, p. 372.

(3) οἱ τὰ μοναστήρια ἔχοντες.

(4) αἱ σωζόμεναι προσενέξεις.

(5) τινὰ τῶν κοσμικῶν διψῶντα τὴν οἰκείαν σωτηρίαν.

exomonites ne dépasse pas les ressources du couvent, car avant tout il convient que ce soient les esomonites qui jouissent du nécessaire (1).

°°°

De ce texte rapprochons l'éloquente *oratio* d'un contemporain d'Alexis I^{er}, le patriarche Jean d'Antioche (2), et faisons de cette *oratio* une sommaire analyse.

Le patriarche constate, lui aussi, que presque tous les monastères, avec leurs droits, privilèges, immeubles, revenus deviennent des bénéfices. On les donne à des laïques, à des gens mariés, à des *gentiles* (3). Jean d'An-

(1) "Ἐξαι γὰρ ἀκόλουτον ὁ πατριάρχης τὸ τάσσειν [μᾶλλον] ἢ περ οἱ χαριστικᾶριοι, καὶ ὑπομνήματα ἔχωσι. Πλὴν εἰ κελεύει ὁ ἀγιωτάτος μου δεσπότης λαμβάνειν χρεῖαν ἀδελφάτου τινος κοσμικὸν ὄντα ἢ καὶ μοναχόν, ἀπὸ ἑτέρου μοναστηρίου διαφέροντος αὐτοῦ, ἵνα μὴ δίδωσι κοσμικῷ ἢ μοναχῷ ἐξωμονίτατον, ὥς ἂν μὴ ἐπιδαρύνηται ἡ μονὴ ἀπὸ τοῦ ἀδελφάτου. Εἰ γὰρ ἐπιδαρύνηται λείβει πάντως καὶ τὸ ἐσωμονίτατον, καὶ γίνεται ἀντὶ μισθοῦ κρίμα. Εἰ δ' ὅσως προσέρχεται τις τῶν λαϊκῶν ἀδύνατος πάντη καὶ πένης τῇ ἀγιωτάτῃ μου δεσπότη, ἢ ἀπὸ τῶν ἀρχιερέων τῶν ἀπολεσάντων τοὺς θρόνους αὐτῶν καὶ δεομένων, καὶ θελήσει τυποῦν αὐτόν λαμβάνειν χρεῖαν ἀπὸ τινος τῶν εὐπορωτέρων μοναστηρίων, ποιήσει τοῦτο καλῶς μὴ ὑπὲρ τὴν δύναμιν τῆς μονῆς τοῦ ἀριθμοῦ τῶν τασσομένων ὄντος. Προτιμώτεροι γὰρ ὀφείλουσιν εἶναι οἱ ἐσωμονίται τῶν ἄλλων ἀπάντων εἰς τὸ λαμβάνειν τὰς χρεῖας αὐτῶν. Il semble qu'Alexis comprenne dans l'exomonital et celui qui vit en dehors de son couvent et le moine qui a reçu la tonsure dans un autre monastère. D'ordinaire, ce dernier est appelé xenocourite.

(2) On trouve l'*Oratio* dans les *Monumenta ecclesiae graecae* de J.-B. Cotelier, Paris, 1677, I, p. 159-191, et, d'après Cotelier, dans Migne, *Patrol. Graeca*, CXXXII, p. 1117-1149. Cf. Ferradou, *Des biens du monastère à Byzance*, 1896, p. 233 sq. En tête de l'*Oratio*, on lit que son auteur a été moine ἐν τῇ Ὁξείᾳ νήσῳ, et dans Lequien, *Oriens christianus*, Paris, 1760, II, p. 756, que Jean devint patriarche d'Antioche en 1189 et qu'il fut plus tard obligé de fuir devant les Normands. Si, comme le veut Nissen, *op. cit.*, p. 58, l'*Oratio* avait provoqué la Novelle d'Alexis, cette Novelle serait sans doute de 1112, mais la conjecture de Nissen est gratuite. Krumbacher, *op. cit.*, p. 155, écrit, avec raison selon nous, que nous ne connaissons pas assez la vie monastique à Byzance pour savoir si l'*Oratio* a produit quelque effet.

(3) § 9 : ... κοσμικοῖς καὶ ἀνδρογόνοις, ἐνίοτε δὲ καὶ ἑθνικοῖς καὶ ἐπὶ θυσιῇ, φεῦ, προσώποις.

tioche nous transcrit même la formule de concession employée par l'empereur et le patriarche de Constantinople. La concession était faite rarement pour la vie d'une personne (1), ordinairement pour la vie de deux personnes, ou même de trois (2). Le mal avait eu des débuts insidieux. On avait d'abord livré des monastères en ruines non pour faire une donation et pour procurer un gain corporel : οὐ δωρεῆς τρέπω καὶ ἐπισωματικῶ κέρδει, mais pour les restaurer et les orner (3). Puis, s'autorisant de ces précédents, les empereurs et les patriarches firent donation pleine et entière (τελείας δωρεῆς τρέπω) de monastères en bon état (τὰ συνιστάμενα τῶν μοναστηρίων). En vain le patriarche Sisinius s'éleva contre ces pratiques (4). Le mal s'invétéra et s'accrut. On enlève à Dieu ce qui est à Dieu. Il y a là un sacrilège et pis encore, car le crime est commis en toute tranquillité de conscience non pas contre un, mais contre deux, contre dix, contre cent monastères, pour mieux dire contre tous (5). Et qu'on ne prétende pas que les moines ont ainsi un protecteur et les monastères un soutien, car les *charisticarii* ruinent les monastères ou les changent en *suburbia*. Aujourd'hui les monastères libres sont florissants et s'accroissent, les monastères concédés sont esclaves et périssent (6).

(1) *Acta Patriarchatus*, I, p. 488 : μετὰ δὲ τὴν αὐτοῦ ἀποβίωσιν εὐρίσκηται πάλιν τὸ μοναστήριον ὑπὸ τὴν πατριαρχικὴν ἐξουσίαν (acte de juillet 1368).

(2) V. p. 311, n. 4 ; p. 312, n. 2.

(3) Comme exemple d'une telle donation, V. *Acta*, I, p. 388. Hélène, femme de Michel II Paléologue, donne le monastère de Bassus ὡς ἂν κατέλῃ αὐτὴν (c'est-à-dire ledit monastère) ἐφ' ὅριον πάσης τῆς ἰδίας ζωῆς, et qu'il le relève de ses ruines.

(4) Cf. Leuncl., *J. G. R.*, I, p. 203.

(5) § 11, *in fine*.

(6) § 13 : τὰ (μοναστήρια) ὑπὸ τῶν χαριστικῶν καταλυθέντα, καὶ τούτων οὐκ ὀλίγα εἰς προάστεια μεταποιηθέντα... τέως σήμερον τὰ ἐλεύθερα θάλλουσι καὶ ἐπιδιδόασιν. Même constatation, pour les monastères libres, dans le typique du cloître de l'archange saint Michel, fondé par Michel 1^{er} Paléologue. V. Dmitrievskij, *Τυπικά*, p. 773 : τὰ γὰρ τῶν μοναστηρίων

Les donations n'ont même pas pour effet la restauration des monastères, car on ne donne guère les monastères en ruines, mais plutôt ceux qui sont en bon état et productifs (1); aussi dans quelques donations est-il dit que le bénéficiaire aura le revenu déduction faite de la dépense afférente au monastère, sans avoir à rendre le moindre compte. Le *charisticarius* s'empare de tout, maisons, *suburbia*, animaux, revenus de tous genres. Son avarice est insatiable (2). Faute de ressources, plus de culte, plus d'aumône. C'est le charisticaire qui commande (3), sans tenir compte de l'higoumène qui n'est plus obéi (4). L'ὑποταγή cesse comme l'ἀποταγή. L'institut monastique croule. Les moines n'ont plus de religieux que l'habit, et encore cela n'est-il guère vrai dans les monastères asservis à des séculiers (5), car presque aussi nombreux que les moines sont ceux que les empereurs et bénéficiaires placent dans les monastères comme frères séculiers esomonites et exomonites (6). Dans l'enceinte même du monastère (ἔσωθεν τῆς ἀγίας μὲνδρας) les séculiers mangent de la viande, font bombance, mènent la vie mondaine avec toutes ses licences. Bientôt les monastères seront des auberges pour laïques (κοσμικὰ καταγώγια).

αὐτοδύσποτα, τῶν ἄλλων, τῶν προσώποις ὑποκειμένων, εὐθαλέστερά τε καὶ αὐταρχέστερα.

(1) Οὐ γὰρ τὰ καταλελυμένα... ἀλλὰ μᾶλλον τὰ συνιστάμενα καὶ εὐθαλῇ τὴν πρόσδοον ἔχοντα.

(2) § 14 : περὶ δὲ τῶν τὰς δωρεὰς ταύτας λαμβανόντων, οὗς ἡ πονηρὰ συνήθεια γαριστικαρίους ονόμασεν, ἀναγκαῖον εἰπεῖν. "Ἄμα γὰρ τοῖ παραλαβεῖν, φεῦ, τὴν μονήν, αὐτίκα τοὺς ἀπληρώτους τῆς πλεονεξίας κύλπους ὑφαπλώσας, πάντα ἐγκολποῦται τὰ αὐτῆς, οὐ μόνον οἰκήματα, προάστειά τε καὶ ζῶα καὶ παντοίας προσόδους, ἀλλὰ καὶ ναοὺς αὐτούς.

(3) V. op. cit., p. 181, des exemples d'ordres donnés par le charisticarius à l'higoumène.

(4) § 14, p. 182, in fine : τῆς γὰρ τοῦ προσετώτους ἐξουσίας ἀνηρημένης ὑπὸ τῆς κοσμικῆς ἐξουσίας.

(5) § 14, p. 183 : ὥς ἐστιν ὅρῃν εἰς τὰ δεδουλωμένα κοσμικοῖς μοναστήρια.

(6) Ibid. : ἱσαριθμοὶ γὰρ εἰσι σ/εδόν τοῖς μοναχοῖς οἱ ἐνταττόμενοι παρὰ τῶν βασιλείων καὶ γαριστικαρίων κοσμικοὶ ἀδελφοὶ ἐσωμονῶνται καὶ ἐξωμονῶνται.

Quant aux moines, leur situation est misérable. Comme des esclaves ils obéissent au *charisticarius* (1). D'ordinaire l'higoumène en fait autant (2). Si par hasard il résiste, les moines sont en majorité contre lui et pour celui de qui dépend leur vie matérielle. La détresse des religieux est telle qu'on en voit se livrer à des occupations séculières, exercer un métier, faire le commerce, tenir auberge (3).

Et que dire des monastères de femmes? Quels mots pourront ici décrire l'étendue du fléau? Qui pourra retenir ses larmes en la constatant? Aux maux signalés plus haut s'en ajoutent de pires. Les plus riches couvents sont donnés à de grands personnages en la personne de leurs femmes, donnés comme on dit *super duabus aut tribus personis*. Les couvents moins riches sont attribués à des personnages moins importants, hommes et femmes. Ces bénéficiaires traitent aussitôt le monastère comme leur propre héritage, et ne fournissent rien ou presque rien aux religieuses (4). Quelques-uns élèvent des constructions dans l'enceinte du monastère, et c'est alors un pêle-mêle de mondains, de mondaines, de serviteurs, de servantes et de religieuses (5). Qui pourra dire à quels

(1) § 15, p. 184 : δουλοπρεπῶς τῷ χαριστικαρίῳ παρίστανται, πειθαρχοῦντες δίκην ἀνδραπόδων.

(2) *Ibid.*, ὁ δὲ ἡγούμενος... συναπάγεται καὶ αὐτὸς τῇ τοῦ χαριστικαρίου ἐξουσίᾳ.

(3) § 15, p. 185 : εἰς πολλὰ γὰρ ἄτοπα ὑπὸ τῆς ἐνδείας ἐγκυλίνονται, ἐμπορείαν καὶ καπηλείαν καὶ πᾶν βιωτικὸν ἐπιτήδευμα μετερχόμενοι διὰ τὴν ἐλεεινὴν σωματικὴν ζωὴν.

(4) *Ibid.*, *in fine* : τὰ μὲν γὰρ εὐπορώτερα τούτων τοῖς ἄρχουσιν εἰς πρόσωπα τῶν οἰκείων γαμετῶν δωροῦνται ἐπὶ δυοὶ προσώποις ἢ ἐπὶ τρισιν, ὥς φασι. τὰ δὲ ἀπορώτερα, ἀπορωτέροις καὶ ἀπορωτέραις. οἱ τινες ἅμα τῷ παραλαβεῖν αὐτὰ, οὐ μόνον πᾶσαν τὴν πρόσδοον αὐτῶν, ὥς ἰδίαν ἐγκολποῦνται κληρονομίαν, ὀλιγά τινα ἢ οὐδὲν ταῖς μοναζούσαις παρέχοντες. Cf. p. 308, n. 3; p. 314, n. 3.

(5) *Ibid.*, p. 186 : καὶ εἰς λοιπὸν ἀναμίζῃ κοσμικοὶ καὶ κοσμικαί, δοῦλοι καὶ δουλίδες, μετὰ τῶν μοναζούσων συζῶντες καὶ συνεκκλησιαζόμενοι.

actes se trouvent contraintes les humbles religieuses manquant des choses nécessaires par la faute des *charisticarii* et des *charisticariae*? C'en est fait de l'état monastique et virginal, c'en est fait de l'obéissance, de l'humilité là où commandent les bénéficiers (1).

Tel est le mal, et, bien loin de le combattre, empereurs et patriarches n'ont fait que l'aggraver au cours des âges (2). Concédants et concessionnaires ne semblent pas croire qu'ils pèchent gravement en trafiquant des biens qui sont à Dieu. Bien plus, ils sont à ce point inconscients qu'ils fondent de nouveaux monastères, sans se douter que, si l'inique coutume subsiste, ces établissements seront demain, à leur tour, donnés, asservis, détruits.

L'*Oratio* s'achève par de belles et touchantes actions de grâces au Christ qui, au lieu d'anéantir un empire où se commettent de telles iniquités, se contente de le châtier

(1) *Ibid.* : ἃ δὲ καὶ αἱ ταπειναὶ μονάζουσιν, ὑπὸ τῆς ἐνδεείας τῶν ἀναγκαίων πιεζόμεναι ὁρῶσι, τίς ἰσχύει γραφῇ παραδοῦναι; οἴγεται κἀνταῦθα ἐξ αἰτίας τῶν χαριστικαρίων καὶ χαριστικαριῶν πᾶσα μοναδικὴ καὶ παρθενικὴ κατὰστασις....

(2) Les récits qui nous sont faits à propos du cloître de saint Mamas à Constantinople, V. Dmitrievskij, *Τυπικά*, p. 703 sq. et 711 sq., donnent une exacte idée de la façon dont les choses se passaient à l'ordinaire. Le cloître de saint Mamas était patriarcal. En cette qualité, il avait été concédé à des *charisticarii* qui n'avaient eu d'autre souci que leur propre gain : les biens du monastère étaient réduits à rien, les maisons tombaient en ruines et les moines — il n'y en avait plus que deux — étaient obligés de mendier au dehors leur subsistance, p. 711 : περιφεύοντες καὶ ἀναζητοῦντες τὰ πρὸς τὴν καθ' ἡμέραν ζῶσκειαν. C'est alors que le mystique Georges Kappadokès, homme vertueux, obtint du patriarche Cosmas (1146-1147) le charisticariat ἐπὶ προσώποις δύοι. Georges Kappadokès releva, en effet, le monastère de ses ruines. Puis réfléchissant que les deux charisticaires qui viendraient après lui pourraient bien se comporter comme ceux d'autrefois, il alla trouver le patriarche qui était alors Nicolas Muzalon (1147-1151), et obtint de celui-ci une déclaration portant que la μονὴ serait libre, καὶ οἷον δὴ τινα τρόπον ἐὺλογον ἢ παράλογον ὑποποιουμένην, μόνοις δὲ τοῖς ἐν αὐτῇ μοναχοῖς διοικοῖτο καὶ διεξάγοιτο, donc administrée exclusivement par les moines. L'empereur Manuel Comnène confirma par un χρυσόβουλλος λόγος la décision patriarcale.

en lui suscitant des ennemis tels que les Turcs féroces, les Patzinaces, les Comans, les Francs, et en l'accablant d'épreuves de toutes sortes. Puisse le Christ jeter un regard propice sur ce peuple qui est son héritage, qu'il racheté de son sang! Puisse le Christ incliner à l'obéissance de ses divins préceptes les empereurs et les pontifes, les gouvernants, les gouvernés, les religieux et le menu peuple (1)!



De ces textes, il résulte que les monastères au XI^e siècle étaient classés : *a*) en monastères libres ou monastères soit concédés, soit donnés, soit donnés pour surveillance et administration; *b*) en monastères séculiers, c'est-à-dire appartenant à des particuliers, et en monastères appartenant au fisc, c'est-à-dire à des autorités publiques; *c*) en monastères patriarcaux, impériaux et autodespotes (2).

La première classification nous intéresse surtout. Au cours de son rescrit *de jure patriarchae circa monas-*

(1) Il n'est pas interdit de penser que le patriarche d'Antioche a tout de même exagéré les méfaits des *charisticarii*. Il y eut de bons *churisticarii* (V. p. 312, n. 2), et, d'autre part, les moines grecs, livrés à eux-mêmes, donnèrent, plus d'une fois, de tristes spectacles, comme le prouve l'écrit d'Eusliale de Thessalonique (mort entre 1192 et 1194), *De emendenda vita monastica*, Migne, *Patr. gr.*, CXXXV, p. 730 et 910. Cf. H. Monnier, *Études de droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 523).

(2) Cf. Ferradou, *Les biens des monastères*, p. 90 sq.; Nissen, *Die Diataxis...*, p. 54 sq. : — Depuis quand trouve-t-on des monastères libres, autodespotes? On a parfois soutenu, V. H. Monnier, *Études de droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, p. 524), que Justinien avait connu de tels monastères. Mais c'est là une erreur et Mayer, *Die Haupturkunden für die Geschichte der Athosklöster*, Leipzig, 1891, p. 25, n. 3, écrit avec raison : Justinian kennt sie noch nicht. — Au X^e siècle, les monastères autodespotes existent certainement. A défaut de la bulle d'or de Romain Lacapène, de 924, qui déclare libre le monastère Xéropotamu *in monte Athone*, bulle aujourd'hui reconnue fautive, on peut citer comme preuve le typique de saint Athanase pour Laura (Meyer, *op. cit.*, p. 109) de 970 : εἶναι αὐτὴν αὐτοδέσποτον καὶ αὐτεξουσίαν.

tertia, Alexis I^{er} Comnène la précise en parlant ici de monastères libres, *sui juris*, autodespotes, là de monastères qui dépendent d'autrui comme concédés ou donnés ou seulement donnés pour surveillance et administration (1). La nouvelle nous fait voir que, quel que fût le titre du bénéficiaire, donataire, *charisticarius*, éphore, administrateur, le monastère était mis en coupe réglée et déréglée. C'était le pillage et la ruine. Le bénéficiaire ne se gênait même pas pour imposer, tout autant que le patriarche ou l'empereur, des laïques ou des moines venus d'ailleurs et pour diminuer ainsi la maigre part des esomonites (2).

Jean d'Antioche ajoute d'autres détails. Les concessions (ἐπιδοσεις) étaient faites pour deux ou trois personnes (3). On avait débuté en concédant des monastères ruinés à de riches particuliers pour que ceux-ci les relevassent; puis, empereurs et patriarches avaient donné

(1) Il est superflu d'observer que ces classifications des monastères dépendants n'avaient rien d'absolu. Elles étaient commodes et donnaient une idée approximative de la réalité sans s'y ajuster toujours étroitement. Aussi les mots : ἑφορος, χαριστικάριος, κύριος, κτήτωρ, ἐπίκουρος, ἀντιλαμβανόμενος, κλητορεία, δεσποτεία, ἐφορεία, κατοχή, προστασία, οἰκονομία, ἀντιληψίς, etc., sont-ils souvent employés les uns pour les autres. Cf. Jos. von Zhisman, *Das Stifterrecht in der morgenländischen Kirche*, 1888, p. 12. C'est de quoi on sera facilement convaincu en parcourant la collection des *Acta* de Miklosich et Müller, et la collection des *Typika* publiés par A. Dmitrievskij. Cf. *suprà*, p. 305, n. 5, p. 308 n. 1; p. 317, n. 1, 3. Au surplus, à la lecture des textes, on prend l'impression que le plus souvent, à notre époque, le droit de fondateur (κλητορικὰ δίκαια) ne se distinguait guère (sauf les restrictions et les privilèges venant des lois de l'Église et du Typicum) des droits de propriété. C'est ainsi que le fils de Michel Attaleiates aura les κλητορικὰ προνόμια, en même temps qu'il sera *dominus*, *Acta*, V, p. 315; que donation du monastère de saint Jean-Baptiste *in monte Menoico apud Serras* est faite, en 1324, à Jean Cantacuzène pour qu'il soit κύριος et κτήτωρ, *Acta*, V, p. 438, etc. En Occident aussi, le droit de patronage apparaît jusqu'au xiii^e siècle comme un attribut du droit de propriété. Cf. Thomas, *Le droit de propriété des laïques sur les églises et le patronage laïque au moyen âge*, Paris, 1906, p. 112; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*¹¹, Paris, 1912, p. 177 sq.

(2) V. p. 308, n. 1.

(3) V. *suprà*, p. 309, n. 2; p. 317, n. 5.

des monastères en bon état et non pas quelques-uns, mais un très grand nombre, presque tous. Le résultat était déplorable. Tandis que les monastères libres restaient florissants, les monastères dépendants, à la merci des bénéficiers, tombaient dans une complète décadence et une démoralisation inexprimable. Le *charisticarius* est maître absolu comme l'empereur, il place à son gré dans le monastère des frères séculiers qui résident ou ne résident pas dans le monastère, et réduit les ésomonites à une condition misérable. Rien n'a pu restreindre son pouvoir de droit et de fait : le bénéficière considère et traite le monastère comme sa propriété.

Cela constaté, il faut conclure que, pour les monastères dépendant d'autrui, c'était avec le bénéficière ou *charisticarius* qu'on devait faire des arrangements tels que celui de notre protospathaire.

Ce que nous savons du pouvoir et des droits d'un *charisticarius* d'une part, et, d'autre part, ce que nous apprend la *Meditatio* du contrat passé par le monastère et de l'action intentée par ou contre les moines, nous porte donc à croire que c'est dans un monastère entièrement libre et autodespote, dans un monastère qui ne dépend plus de personne, qui n'est sous la main de personne, que notre protospathaire a voulu faire l'essai de la vie cénobitique (1).

On peut, semble-t-il, trouver dans la célèbre *Diataxis* (2) de Michel Attaleiates une confirmation de ces conclusions.

(1) Cf. le Typikon de 1136 pour le monastère du Pantocrator, fondé par Jean Comnène. Ce typique a été édité par M. Bezobrazov, en 1887, et depuis par Dmitrievskij, *Τυπικά*, p. 656-702. On lit, p. 700 : "Εξαι δὲ ἡ μονὴ τὸ ἐλεύθερον πάντα καὶ ἀκαταδούλωτον, ὑπὸ μηδεμίαν ἐξουσίαν τελοῦσα, μηδὲνα τὸν κυριεύοντα ἔχουσα, αὐτοδέσποτος... μόνη τῶν ἐαυτῆς ἀντιπαισμένη καὶ πάντων ἐξουσιαστικῶς καὶ αὐθεντικῶς καταπολαύουσα... Sur ce monastère cf. Hergès, *Échos d'Orient*, II, p. 70 sq.

(2) Édité par Sathas, dans le t. I de sa *Bibliotheca graeca medii aevi*, p. 2 sq., et ensuite par Miklosich et Müller, dans les *Acta et diplomata graeca medii aevi*, t. V, p. 293 sq. Nous avons déjà plusieurs fois cité la remarquable étude sur la *Diataxis* de Waldemar Nissen.

Michel, patrice, proconsul, juge président du tribunal du voile séant à l'Hippodrome (1), né à Attalia, en Pamphylie (2), fonde en 1077 un hospice de pauvres et un monastère (τό τε πτωχοτροφεῖον καὶ τὸ ὑπ' αὐτῷ μοναστήριον) (3).

Il consacre à Dieu des biens situés à Rhodosto et dans la capitale. Michel agit ainsi, non parce qu'il manque d'héritier, — il a un fils, le mystographe et notaire impérial Théodore, — mais par esprit de charité et par sentiment de reconnaissance envers le Sauveur qui lui a toujours été miséricordieux. Après Michel, Théodore sera le maître irrévocable et irresponsable de la fondation (καὶ κύριον καὶ διοικητὴν ἀλογισθῆτητον καὶ πᾶσι τρόποις ἀμετακίνητον) (4). Théodore mort, un de ses descendants prendra sa place et sera maître, éphore, diocète des maisons, des biens, des Ψυχικά. On prendra de préférence un descendant du sexe masculin. Il n'y aura d'higoumène que si Théodore le veut, et celui-là seul sera higoumène dont Théodore aura confirmé le choix (5). Quand la ligne directe sera éteinte, la fondation deviendra *sui juris*; l'économe alors en fonction sera higoumène. Toutefois un collatéral aura une éphorie, rémunérée seulement par deux portions de moine (δύο μοναχῶν μερίαν) et cent cinquante mesures d'orge (6).

Michel Attaliate répète, à plusieurs reprises, que le

(1) *Acta*, V, p. 293 et 322, et *infra*, p. 336, n. 1.

(2) Cf. Sathas, *op. cit.*, I, p. 7-18; Nissen, *op. cit.*, p. 23-30; Krumbacher, *op. cit.*, p. 270, 315.

(3) *Acta*, V, p. 303, l. 18, 22.

(4) *Acta*, V, p. 300, *in fine*.

(5) *Ibid.*, p. 310. Cf. Nissen, *op. cit.*, p. 33.

(6) *Ibid.*, p. 302, *in fine* : Εἰ δ' ὅσως ἐπιλείψει κατὰ σειρὰν τῶν κατιόντων ἡ γενεά... τότε ὁ ἔχων εὐρεθῆναι οἰκονόμος αὐτόθεν εἰς τὸν τῆς ἡγουμενείας ἀναδιέαζεται βαθμὸν καὶ ὑπάρχῃ ἡγουμένος ἐν αὐτεξουσίᾳ πτωχοτροφεῖον καὶ μοναστηρίον τοῦτον... ἀπὸ δὲ τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν μου ὁ ἀρετῇ διαλάμπων καὶ προδομιώτερος... διαδέχεται τὴν ἐφορείαν καὶ συνδιοικῇ μετὰ τοῦ ἡγουμένου καὶ τῶν μοναχῶν πάντα τὰ ψυχικά...

monastère est autodespote, *sui juris*, qu'il ne dépendra ni de l'empereur ni du patriache, ni d'un métropolitain ni d'un évêque ni d'une autorité quelconque laïque ou ecclésiastique, publique ou privée(1). En réalité l'autodespotie ne devient complète qu'une fois la parenté directe et même collatérale éteinte. Alors, vraiment, le monastère est gouverné exclusivement par son higoumène (dont l'élection (2) sera confirmée par l'abbé de Stude), son économe et autres moines. Il n'a plus de maître sur la terre, mais seulement au ciel : Dieu qui est maître, seigneur, éphore, mainteneur, fondateur (3). C'est devant le formidable tribunal de Dieu que Michel assigne tous ceux qui aliéneront, donneront, échangeront tout ou partie de la fondation(4), ou qui en concéderont quoi que ce soit *ad tempus*, ou à perpétuité, ou *a prima persona ad primam* (5). S'il s'élève un litige relativement à quelque bien du monastère, il faut qu'un libelle indique nettement qui agit contre l'héritage du Christ (6). L'Éparque de la ville devra prêter son assistance aux moines, et, pour cette assistance, outre la récompense que Dieu lui accordera et le droit d'inscription dans les diptyques, il recevra un honoraire de cinq nomismes.

L'assistance de l'Éparque est requise à peine de nullité

(1) V. *Acta*, V, p. 303, *in fine* ; p. 307, *in fine*.

(2) Sur les élections d'higoumène, V. l'étude d'Adolphe Hergès dans les *Échos d'Orient*, III, p. 40-49.

(3) *Acta*, V, p. 303, *in fine* : ἀπορίᾳ δὲ καὶ ἐρημίᾳ συγγενικοῦ μου κληρονομίου, τότε τῷ δικαίῳ τῆς αὐτεξουσιότητος καὶ αὐτοδεσπότητος προνομίας διοικῶνται πάντα καὶ καταρτίζονται καὶ διεξάγονται παρὰ τὸ καθηγουμένον καὶ τοῦ οἰκονόμου μου καὶ τῶν λοιπῶν μοναχῶν.

(4) *Ibid.*, p. 304 : κύριον καὶ δεσπότην τούτων εἶναι καὶ ἔφορον καὶ συνοχέα καὶ κτήτορα ὡς ἀληθῶς... τὸν κύριον ἡμῶν Ἰησοῦν Χριστόν...

(5) *Ibid.*, p. 307, *in fine* : ... ἡ κτήμα αὐτῶν ἐκδιδόναι εἰς τὸ διηνεκές ἢ εἰς χρόνους ἢ ἀπὸ πρῶτου εἰς πρῶτον... Cf. *supra*, p. 309, n. 2; 311, n. 4; 312, n. 3.

(6) *Ibid.*, p. 315 : Ἐὰν δὲ ἀνακύψει ζήτησις ἢ δόκη περὶ κτήματος τοῦ Θεοῦ πτωχοπροφείτου καὶ τῆς μονῆς, ἵνα μὴ ἔχουσιν ἐξουσίαν τοῦ διαλέζεσθαι ἄνω τοῦ λαβεῖν λόγον περιέχοντα, ὅτι ἐγὼ ὁ θεῖνα κινῶ κατὰ τῆς κληρονομίας τοῦ υἱοῦ τοῦ Θεοῦ.

du jugement. Toutefois l'héritier de Michel pourra s'en passer si l'affaire est peu importante. Si l'Éparque s'avisait de réclamer l'éphorie ou tout autre privilège, il perdrait immédiatement toute espèce de droit, et le monastère se passerait désormais de son assistance (1).

Il est inutile de pousser plus avant l'examen de la *Diataxis* et d'indiquer les diverses prescriptions du fondateur sur le choix de l'abbé, les paroques et fermiers (ἐκλήπτερες), la garde des archives, les secours accordés au domestique d'un moine quand le moine vient à mourir, etc. (2). L'analyse qui précède, malgré sa brièveté, suffit à prouver une fois de plus qu'un monastère, quand il était devenu vraiment libre et ne dépendait plus aucunement de personne, pouvait actionner et être actionné directement. Il plaidait soit avec l'assistance de l'Éparque de la ville, soit seul, quand l'Éparque avait perdu son droit d'assistance.

Dans notre *Meditatio*, il n'est question ni de fondateur, ni de propriétaire, ni d'éphore ni de procureur (προνεστής) du monastère en procès, ni même de l'Éparque de la ville; c'est donc que personne n'a plus le droit de s'occuper des affaires temporelles de nos moines, si ce n'est les moines eux-mêmes représentés par les autorités régulières du monastère (3) et par ceux que ces autorités ont pu charger de soutenir leurs intérêts.



La convention entre le protospathaire et le monastère, une fois faite, fut aussitôt couchée par écrit (4). Tel était

(1) *Ibid.*, p. 315 : ... ουκ ἔτι δεῖται ἐπαρχικῆς βοήθειας.

(2) *Acta*, V, p. 320 : μοναχοῦ... πρὸς κέρειον ἐκδημοῦντος, ἵνα παραμένῃ ὁ αὐτοῦ ὑπουργὸς εἰς τὸ πτωχοτροφεῖον, κ. τ. λ.

(3) Voir dans Leuncl., *J. G.*, I, p. 418, le *mandatum quod abbatibus datur*. Sur les diverses autorités d'un monastère, on trouvera des détails dans les typiques, et notamment dans le long typique déjà cité de Nilus pour le monastère qu'il a fondé, en 1210, dans l'île de Chypre sur le mont Machaeras. V. *Acta*, de Miklosich et Müller, V, p. 392-432.

(4) VII, 4 : Προέβη δὲ παρθεὺς καὶ τὰ περὶ ταύτης ἔγγραφα.

l'usage pour tous les arrangements de quelque importance. Par qui les *instrumenta* ont-ils été rédigés? A-t-on eu recours au ministère d'un tabellion ou nomicus (1)? Le texte est muet, mais cela importe assez peu. Le litige n'a pas pour objet une question de preuve et l'on doit tenir pour certain que les *instrumenta* produits ont paru réguliers et n'ont donné lieu à aucune contestation.

En exécution de la convention, le protospathaire verse l'or promis (2). Par ce versement le contrat innommé prend naissance (3), et l'action *praescriptis verbis* pourra, s'il y a lieu, être intentée (4). En exécution du contrat les donateurs sont reçus au monastère, et adjoints à ceux qui y menaient la vie monastique (5). Pendant plusieurs années ils reçoivent les annones et distributions promises (6) et, comme dit notre texte, rien ne reste inexécuté des conventions arrêtées (7).

Le contrat a-t-il été exécuté entièrement?

On serait tout d'abord tenté de dire oui. On lit, en effet, VII, 40, que la convention fut exécutée ἐπ' ἐνιαυτοῖς ἡδὲ τούτοις. Ces mots ne doivent-ils pas s'entendre d'une exécution pendant un délai fixé dans la convention? Il y a plus : à diverses reprises on nous dit que le contrat a produit son plein effet, qu'il a reçu son parfait achèvement (8), que les conventions ont été menées à bonne fin sans qu'rien manque (9). Pour qu'on puisse tenir un tel langage ne faut-il pas, les donateurs étant encore en vie et le monastère toujours subsistant, comme cela

(1) G. Ferrari, *I documenti greci medioevali*, Leipzig, 1910, et *Formulari notarili inediti dell' età bizantina*, Rome, 1912.

(2) VII, 8.

(3) VII, 2, 6, 12.

(4) VII, 3, *in fine*.

(5) VII, 8.

(6) VII, 12 : τὰν τῶν σιτηρεσίων καὶ ῥογῶν ἐτησίαν δόσιν. Cf. p. 301, n. 3.

(7) VII, 9 : οὐδὲν τῶν δεδογμένων ἀτελέστων ὑπολείπεται.

(8) VII, 7, 9, 10, 11, 13.

(9) VIII, 2.

résulte de l'ensemble du texte (1), ne faut-il pas que toutes les prestations aient été fournies, toutes les livraisons faites, et que chaque partie n'ait plus rien à demander ni rien à recevoir ?

Nous croyons que la vérité est autre. En réalité le contrat n'avait pas reçu sa complète exécution quand une nouvelle convention fut faite. Aucun délai n'avait été fixé au séjour du protospathaire dans le monastère. Ce texte ne parle pas d'un délai, mais d'une exécution qui a été prolongée pendant tant d'années. Si un délai avait été fixé, notre auteur, exposant le détail de la convention, l'eût certainement indiqué. D'ailleurs, et c'est un point sur lequel on reviendra bientôt, dans l'hypothèse d'un délai fixe, l'ensemble de notre texte devient presque incompréhensible. A notre estime, le donataire, moyennant le versement promis, devait, aux termes de la première convention, pouvoir rester au monastère sa vie durant, sans que personne pût le contraindre soit à en sortir, soit à y recevoir la tonsure. Ce qui a été conduit à parfait achèvement, c'est la première convention. Par l'effet du premier versement, la première convention est devenue un contrat, et ce contrat a été ponctuellement exécuté longtemps (2), jusqu'à la seconde convention, donc a produit, jusque-là, son plein effet (3). Il est exact de dire que rien n'est resté inexécuté des conventions antérieures (4).



Mais alors pourquoi ce nouvel arrangement ?

Probablement les moines s'aperçurent que l'affaire n'était pas bonne, pécuniairement parlant, pour leur

(1) Notamment au tit. VIII, pr., et 1.

(2) VII, 10.

(3) VII, 11.

(4) VII, 9.

monastère. Ils avaient compté, en promettant une rente viagère (1) (σπηρέσιον) et des *rogae*, que les donateurs ne vivraient pas longtemps, et ceux-ci faisaient maintenant preuve d'une santé inaltérable. Peut-être aussi les moines avaient-ils cru que, la force persuasive du régime monastique aidant, les donateurs réclameraient en peu de temps la tonsure, et que devenant vraiment moines, ils apporteraient volontairement au monastère, comme il était d'usage, tout ou partie de leurs biens (2). Or notre protospathaire vivait monacalement et paisiblement depuis des années sans manifester la moindre disposition pour un changement d'état. Les moines se trouvaient donc frustrés à la fois dans leurs espoirs pieux et dans leur désir d'enrichissement. D'où le nouvel arrangement.

On convint d'augmenter la somme en or qui avait été promise. Sur ce point, aucun doute, car il est parlé, au paragraphe premier du dernier titre, de l'or qui devait être payé en augmentation de la somme (3), et l'on prévoit le cas où les moines voudraient agir en vertu du second arrangement. Au contraire il ne semble pas que les obligations du monastère aient été modifiées en quoi que ce soit, puisque, au début même du titre VIII, on nous dit que le protospathaire, s'il agit, agira en vertu des conventions antérieures (4).

Qu'est-il arrivé ensuite? La conjecture la plus vraisemblable nous paraît celle-ci :

Le protospathaire, après réflexion, refusa de verser la nouvelle somme fixée par le pacte modificatif, alléguant qu'il n'y était aucunement obligé. Le monastère se décida alors à faire un procès au protospathaire et invoqua, pour soutenir qu'il avait bien une action, la possi-

(1) V. p. 300, n. 1.

(2) V. *suprà*, p. 301, n. 5.

(3) VIII, 1.

(4) Καὶ τοῦ πρωτοσπαθαρίου κινουμένου ἐκ τῶν προγεγονότων συμφώνων κατὰ τῶν μοναχῶν.

bilité d'étendre les effets du *contrarius consensus* à tous les contrats de bonne foi, et, par conséquent, au contrat innommé passé entre les moines et les donateurs *sub modo* (1). Il est si vrai que là était le fort de l'argumentation du monastère que notre auteur, qui d'ailleurs la trouve mal fondée (2), éprouve le besoin, « pour preuve à l'appui de son *cozum*. πρὸς τίπτε τοῦ λόγου καὶ βεβαίωσις (3), de reprendre encore une fois l'exemple déjà donné de *contrarius consensus*, d'en ajouter un autre, et, encore une fois, de préciser quand et comment s'applique la théorie du mutuel dissentiment.

Voici d'abord l'exemple donné déjà (4) et repris par notre auteur (5).

Une personne achète, moyennant un prix de cinquante sous d'or, mille amphores de vin. Tant que les cinquante sous d'or n'ont pas été versés, tant que le vin n'a pas été livré, les choses sont entières, et les parties peuvent, par une nouvelle entente, augmenter le prix et le nombre des amphores. En réalité, il y a dans le nouveau pacte un nouveau contrat qui se substitue à l'ancien (6). Le *contrarius consensus* fonctionne sans difficulté. — Que si, au contraire, le prix a été payé et le vin livré, le contrat a été mené jusqu'à sa fin, rien ne manque à son exécution, il est achevé (7). La conséquence est aussitôt tirée par notre texte : « Si quelque convention est faite, elle est tenue pour inefficace par la loi, et on ne peut, en vertu de cette convention, ni intenter une action, ni obtenir licence de le faire ».

L'auteur de la *Meditatio* ajoute aussitôt : « Qui trou-

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 532, *in fine*.

(2) VII, 14.

(3) VII, 15.

(4) V, 25 sqq. Cf. *suprà* (*Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 504).

(5) VII, 16.

(6) VII, 16 : ἀνυπόμμετα.

(7) Cf. *suprà* (*Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 496).

vera-t-on pour contredire à cela ? » (1). Il tombe en effet sous le sens qu'on ne peut concevoir une modification à remplir quand les obligations sont remplies.



Voici maintenant l'exemple nouveau (2). Une personne a vendu un cheval, reçu le prix et livré le cheval. Puis les parties conviennent que l'acheteur versera en augmentation du prix une nouvelle somme. Il est certain que la convention *ex intervallo* n'a pu produire les effets d'un *contrarius consensus* et que le vendeur n'aura pas d'action pour obtenir le supplément du prix. Pour soutenir le contraire, il faudrait ne rien connaître au droit et à la justice (3).

Et pour prouver qu'on ne s'y trompait pas dans la pratique et qu'on ne s'avisait pas de faire jouer le *contrarius consensus* dans les circonstances sus-indiquées, l'auteur nous indique un usage (4) qui, pour les ventes et achats de chevaux et de mules, conciliait les règles du mutuel dissentiment (5) avec certaines nécessités commerciales. Le vendeur faisait bien livraison de l'animal vendu, mais cet animal était aussitôt remis à un séquestre volontaire; ou bien c'est l'acheteur qui payait et le prix était aussitôt confié à une personne entremise (Μεσεγγυητής) (6); ou bien encore, prix de vente et objet vendu étaient consignés, et cela pour deux ou trois

(1) VII, 17 : πρὸς ταῦτα τίς ὁ ἀντιφθεγγόμενος εὐρεθήσεται ;

(2) VII, 18.

(3) VII, 19.

(4) VII, 20 : ἡ κοινὴ τῶν ἀνθρώπων χρῆσις. VII, 21 : ὥς ἐπὶ τὸ πλεῖστον.

(5) VII, 21 : "ἵνα γὰρ μὴ εὐθὺς ἀποκλείωνται.

(6) *Bas.*, XIII, 2, 6 : Μεσεγγυητής ἐστὶ κυρίως, ὅτινι πολλοὶ εἰς ὁλόκληρον παρέθεντο πρᾶγμα ἐπὶ δηλῇ ὁρῇ τοῦ φυλάξαι καὶ ἀποδοῦναι. Cf. D. XVI, 3, 6. V. Maynz, *Cours de droit romain* 4, II, p. 322-325. A. Hepitès, dans son *Dictionnaire*, définit ainsi la μεσεγγύησις : 'Ἡ μεσεγγύησις λέγεται séquestre ἢ τοι ἢ παράδοσις πράγματος εἰς χεῖρας τρίτου ἢ δυνάμει διδαστικῆς ἀποφάσεως ἢ ἀμοιβῆς τῶν μερῶν συμφωνίας.

jours (1). Moyennant cette remise, le contrat était réputé encore inexécuté par l'une des parties si une seule avait consigné; par les deux parties, si toutes deux avaient eu recours au Μεσεγγυητής (2). D'où la possibilité de recourir au *contrarius consensus* pour abandonner ou modifier la vente (3). Le consignataire a joué le rôle d'un séquestre volontaire qui a possédé pour celui que le nouvel arrangement a désigné. La *recessio* se produit régulièrement : ὁρθῶς συμπράττει προβαίνειν τὴν ὑπαναχώρησιν (4).

•°•

On ne peut se tenir de remarquer la façon de s'exprimer de notre auteur dans l'hypothèse d'une vente exécutée des deux côtés et suivie d'un pacte en augmentation du prix. « Qui pourra, écrit-il, dire que je serai reçu à intenter une action pour augmentation de prix, qui pourra soutenir que je ne serai pas repoussé aussitôt *sans qu'il me soit même permis d'approcher de la porte du tribunal?* Personne ne dira cela si ce n'est un ignorant, une personne non initiée à la justice véritable et légale » (5). Il y a dans les mots soulignés une allusion certaine à l'installation des tribunaux byzantins et à la procédure d'introduction de l'instance. Il est vrai que nous avons peu de renseignements sur cette installation et cette procédure (6), mais il est généralement

(1) C'est le délai pendant lequel un pacte adjoint est réputé fait *in continenti*. V. *suprà* (Nouv. Rev. hist., 1913, p. 500, n. 3).

(2) VII, 24 : ... διὰ ταύτην (sc. μεσεγγύησιν) ῥέ νύνδουμ σεκούτα τοῦ γεγονότος νομιζομένου.

(3) VII, 22.

(4) VII, 24.

(5) VII, 18, 19.

(6) Zachariae v. L. écrit, *Gesch. des G. R. R.* 3, p. 390 : Abgesehen von den Basiliken, welche im siebenten Buche das Justinianische Recht reproducieren, und einigen Novellen der byzantinischen Kaiser, findet sich in den Quellen kaum irgend eine Auskunft über Art und Normen des gerichtlichen Verfahrens.

admis, et non sans raison, que ni l'une ni l'autre n'avaient essentiellement changé depuis Justinien (1).

Or, sous Justinien et depuis le ^v^e siècle, les audiences se tiennent à huis clos dans le *secretarium* ou *secretum* (2). Aussi le mot *secretum* a-t-il pris le sens de tribunal; il gardera cette signification jusqu'à la fin de l'Empire (3). Le public restait donc tenu à l'écart, séparé qu'il était des juges par des portes, des grilles et des voiles.

Dans le fond du *secretarium* siège le juge caché par des voiles, d'où l'expression *judex reli*, κριτῆς τοῦ βήλου, qu'on trouve maintes fois dans les auteurs byzantins. Près du juge pénètrent seulement les parties, les *officiales* employés au débat en cours, — ceux-ci introduisant celles-là, — et par privilège les *Honorati* : ... *Intra januas*, écrivait Salvien (4), ... *non omnes passim intrare praesumunt, nisi quos aut judex vocaverit aut negotium traxerit aut ipsa honoris proprii dignitas introire permiserit*. Entre la porte d'entrée barrée par des *cancelli* et la partie du local où siège le tribunal se tiennent les *officiales* qui ne sont pas employés dans l'instance, c'est-à-dire la *turba satellitum exclusa cellis, inclusa cancellis* (5).

Ces détails connus, on aperçoit tout de suite la signification du passage de la *Meditatio* cité plus haut : ne pas même permettre d'approcher de la porte du tribunal, signifie refuser de laisser introduire l'instance.

(1) Zachariae, *op. cit.*, p. 394 : Auch im uebrigen hat der Civilprocess im byzantinischen Reiche die Gestaltung behalten, die ihn im Justinianischen Rechte charakterisiert.

(2) Cf. Lydus, *De magistratibus populi Romani*, III, 11 : ... τοῦ τῆς δικῆς ἱεροῦ (templum justitiae) ὃ καλεῖται σέκρητον, οἷον εἰ ἀτάραχον καὶ σιγῇ σεμνόν... Cf. *Glossae nomicae* : Σέκρητον, δικαστήριον (dans le *Trésor d'Otto*, III, p. 1799).

(3) V. *infra*, p. 336, n. 2.

(4) *De gubernatione Dei et de justo praesentique ejus judicio libri VIII*, III, 46, éd. Halm (*Monum. Germ. hist. auct. ant.*, I), p. 33.

(5) Sid. Apollinaire, *Epist.*, I, 2, édit. Ch. Lvetjohann (*Monum. Germ. hist. auct. antiq.*, VIII), p. 3.

Mais le juge avait-il ce pouvoir de *denegatio*? Dans certains cas, oui, assurément.

On sait comment s'engage le procès au temps de Justilien (1), et, après lui, pendant toute la durée de la période byzantine. L'*actor* présente au juge le *libellus conventionis* (2) (τὸ τῆς αἰτιάσεως βιβλίον, τὸ τῆς ὑπομνήσεως βιβλίον). Ce libelle contient une indication de la demande, brève, il est vrai, mais telle cependant que le *reus* sache bien, en venant au tribunal, de quoi il s'agit (3). Il est souscrit par l'*actor* ou par des *tabularii* si l'*actor* ne sait écrire (4). L'*actor* doit aussi donner *cautio* (ἀσφάλεια) qu'il restituera au double les frais, s'il ne procède pas à la *litis contestatio* (προκείμεσις) dans les deux mois et ne continue pas le procès jusqu'au jugement (5). Il donne aussi caution qu'il payera tous les frais du procès (6). Le juge rend alors un jugement interlocutoire (*sententia, interlocutio, διαλλαχία*) qui admet l'action ou la rejette. Cet interlocutoire est rendu sans examen de l'affaire, au moins en général, mais il va sans dire que le juge ne rejette la demande (*denegatio*) que si les causes de rejet sont incontestables : par exemple, l'action est annale et l'année est expirée, ou encore l'action ne se donne pas contre les héritiers et ce sont les héritiers qui sont poursuivis. Le juge admet-il la demande, alors il ordonne la citation du *reus* (*admonitio, ὑπόμνησις*). A cet effet, un agent du tribunal (*executor, ἐκβιβαστής*) fait connaître

(1) Bethmann-Hollveg, *Der römische Civilprocess*, III, p. 233 sq.

(2) Cf. *supra*, p. 317, n. 6.

(3) Cf. *Libel. de actionibus* : Ἐν τῇ διαπέμψει τῶν βιβλίων ἀνάγκη ὀρίσασθαι τὴν ἀγωγὴν, G. Heimbach, *Observationum juris graeco-romani liber primus*, 1830, p. 51.

(4) Nov. 112, ch. 2. Cf. *Bas.*, VII, 4, 2.

(5) Nov. 112, ch. II; *Bas.*, VII, 4, 2; Nov. 53, ch. I, et *Bas.*, VII, 12, 7.

(6) Une Novelle de Constantin Porphyrogénète, rendue de 945 à 959 (V. Zach., *J. G. R.*, III, p. 260), porte que le *reus* ne sera traîné en justice que si l'*actor* a promis qu'il poursuivrait l'instance lui-même ou par procuration légitime, et, en cas d'injuste poursuite, il devra payer la dixième partie de l'intérêt du litige engagé.

au *reus* libelle et *admonitio*, et en reçoit les sportules, le *libellus contradictionis* (qu'il fait insinuer avec le *libellus conventionis*) et la caution de comparaître et défendre (1). Il doit y avoir un délai d'au moins vingt jours entre la citation et l'ouverture des débats (2). Une fois devant le juge, l'actor expose pleinement sa demande (*narratio*), le *reus* répond de la même façon : Le *status controversiae* est ainsi établi : c'est la *litis contestatio*.

De cette procédure nous retenons ceci : le juge peut refuser d'admettre la demande, si la raison du refus saute aux yeux. Or, ce serait précisément le cas dans l'hypothèse prévue au titre VII, § 18 de la *Meditatio*; car, observe notre auteur, il faut être bien ignorant des choses du droit pour croire que, dans cette hypothèse, une action peut naître en augmentation du prix.



La solution du litige est impliquée dans tout ce qui a été déjà dit.

Le monastère a presté, jusqu'au moment de la nouvelle convention, les charges qu'il avait assumées au moment de la convention antérieure, celle que le versement de la première somme avait transformée en contrat innommé. Non seulement les choses ne sont plus entières, mais d'un côté il y a eu exécution complète, et de l'autre exécution partielle. On ne peut donc même plus songer à étendre et à utiliser le tempérament assez peu logique proposé par Ariston pour les contrats consensuels (3). On ne le peut plus, parce que le retour à l'état des choses, tel qu'il était au moment de la formation du contrat, n'est plus du tout possible. Le protospathaire a habité le monastère pendant des années sans avoir été

(1) Cf. Zachariae von Lingenthal, *Gesch. de G. R. R.*³, p. 393, n. 1432.

(2) Nov. LIII, ch. III; *Bas.*, VII, 12, 7 (Heimbach, I, p. 300).

(3) V. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 496.

contraint à la tonsure. Quant à cette prestation du monastère, on ne conçoit pas un rétablissement de l'état antérieur. Et même on ne le conçoit pas aisément, après des années, en ce qui concerne la prestation successive des annones et des *rogae*.

C'est tout cela que pense notre auteur et qu'il explique au titre VIII de la *Meditatio*. Pour se faire mieux comprendre il distingue suivant que le second arrangement serait intervenu avant ou après l'exécution du premier.

Quand le pacte postérieur a été conclu avant le versement de l'or d'abord promis, il se substitue au premier pacte. S'il a été conclu après le versement et avant l'entrée au monastère, il ne sera pas non plus sans effet. On admettra même qu'il produira encore effet, s'il est intervenu après l'entrée au monastère et si les distributions promises n'ont pas encore commencé. Pour ces hypothèses, notre auteur appliquant, bon gré mal gré, les idées d'Ariston et d'Ulpien exposées plus haut, arrivait aux solutions suivantes :

a) Si les moines agissent pour obtenir le supplément promis, ils seront reçus dans leur action. Notre auteur voit, sans doute, dans le pacte augmentatif un *contrarius consensus* par l'effet duquel un nouveau contrat a remplacé l'ancien. Que son raisonnement boite quelque peu, rien de plus évident, puisque le contrat innommé est un contrat réel et non un contrat consensuel. Mais à notre époque, et surtout quand il s'agit d'une convention écrite (1), on n'y regarde plus d'aussi près.

b) Si le protospathaire, ayant fait le premier versement et non le second, actionne les moines soit parce qu'il veut tout de même entrer au monastère, soit parce que, y étant entré, il prétend recevoir, en dépit des moines, sa part des distributions, son action, — le texte est formel, — ne peut se fonder que sur le premier arran-

1) V. *suprà*, p. 318, n. 4.

gement, ἐκ τῶν προγεγονότων συμφώνων; le second pacte, en effet, apparaît alors comme un pacte diminutif. C'est en réalité un pacte diminutif pour le défendeur, puisque, laissant les obligations de celui-ci telles qu'elles étaient antérieurement, il a augmenté les charges du protospathaire. En conséquence on rattachera l'effet du mutuel dissentiment à ceux de l'*exceptio pacti* : les moines auront pour repousser l'action du protospathaire simplement une exception, παρρηρησθή ἀντίκειται τῷ ἐνέχοντι (1).

ε^ο

Notre auteur n'a discuté les deux hypothèses précédentes que pour mieux faire ressortir leur opposition avec les arrangements effectivement conclus.

Le contrat innommé était depuis longtemps en pleine exécution, pendant des années les prestations convenues avaient été exécutées, quand intervint le pacte *ex intervallo* modificatif. Ce pacte ne peut donc produire aucun effet spécial. C'est un pacte nu de la première catégorie, un pacte qu'aucune action ne sanctionne.

Mais notre auteur ajoute que ce pacte ne fournira même pas une exception, « car toutes les conventions ont été menées à bonne fin » (2). Que veut dire cela? tout pacte ne fournit-il pas au moins une exception?

Si l'on admettait que le contrat innommé intervenu entre les moines et le protospathaire était fait avec délai préfixe, et que le pacte a été conclu après l'expiration du délai, le langage de notre auteur cesserait d'être embarrassant : le sens serait que là où l'action manque l'exception est inutile. Mais alors c'est l'ensemble du texte qui, on l'a déjà remarqué, devient inintelligible. A quoi bon ces longues discussions préliminaires sur le *contrarius*

(1) VIII, pr.

(2) VIII, 2 : ἐπεὶ δὲ πάντων τῶν συμπροσποιημένων ἡδὲ προβέβηκότων τε καὶ τετελεσμένων...

consensus, sur la division des pactes? pourquoi ce dernier exemple des acheteurs de chevaux et de mules, si dans la question à trancher n'intervenaient ni le *contrarius consensus*, ni la distinction des pactes? Pourquoi parler d'opinions que tous ne partagent pas, de contradictions éventuelles, s'il ne s'agit que de montrer l'effet d'un pacte relatif à un contrat, alors que ce contrat était déjà entièrement exécuté? N'est-il pas certain que sur l'effet d'un tel pacte il n'y a pas de controverse possible?

Nous sommes donc contraints de rejeter l'hypothèse d'un délai fixé pour l'exécution du premier arrangement. Et, cela fait, la difficulté signalée subsiste entière : pourquoi le pacte adjoint *ex intervallo* ne fournira-t-il pas une exception?

L'auteur de la *Meditatio* ne veut évidemment pas nier la vieille règle prétorienne qu'il a lui-même proclamée, la règle qui attache au pacte une exception. Sa pensée beaucoup plus orthodoxe est, sans doute, que le pacte *ex intervallo* fait entre les moines et le protospathaire ne pourra être opposé *ad augendam obligationem* et n'engendrera pas au profit des moines une exception qui puisse avoir un tel effet. Supposons, pour fixer les idées, que le premier versement ait été de 100. On est convenu, par pacte postérieur, d'une augmentation de 50. Le protospathaire qui sait qu'il n'est pas, en droit, obligé à payer, n'a pas versé les 50 et pourtant il réclame les prestations à lui dues en vertu du premier engagement, lequel est sanctionné par l'action *praescriptis verbis* (1). Le monastère ne pourra pas, faisant valoir une exception tirée du pacte postérieur, opposer qu'il n'a pas reçu les 50 de supplément.

Veut-on une autre application de la pensée de notre auteur? Supposons que le protospathaire avait chargé

(1) VII, 3, *in fine*.

un tiers de verser les 100 promis lors du premier arrangement. Croyant que le tiers a seulement versé 50, notre protospathaire verse, par erreur, encore 50. Il aura la *condictio indebiti*, sans que le monastère puisse lui opposer l'exception tirée de la seconde convention (1). Accorder l'exception serait violer indirectement la règle : *Ex nudo pacto actio non oritur*.



Nous connaissons l'objet du procès, mais nous ignorons quel fut le jugement. Une raison de croire pourtant que le jugement fut conforme à la doctrine soutenue par notre auteur, c'est le succès que paraît avoir eu, dans le monde byzantin, la *Meditatio*, succès dont témoigne le fait qu'elle est parvenue jusqu'à nous. On n'eût pas conservé aussi soigneusement l'exposé d'une doctrine rejetée par la jurisprudence.

Peut-on savoir, au moins, quelles étaient les parties litigantes?

Notre texte est muet. Mais, si l'on admet avec nous que le tribunal saisi fut le tribunal impérial et qu'il a jugé sur évocation en première et dernière instance (2), on inclinera à penser que les parties étaient domiciliées à Constantinople ou dans les environs. Il est probable, en effet, que, vivant loin de la capitale, les litigants eussent hésité, devant les longueurs de temps et les frais de déplacement et autres, à réclamer la juridiction du plus haut tribunal de l'Empire. Toutefois reconnaissons que l'argument aurait plus de force si l'on savait quel était l'intérêt en jeu, et cela nous ne le savons pas.

Dire quel était le monastère demandeur, quel était le protospathaire défendeur, nous semble également

(1) Cf. Accarias, *Précis*, II^e, p. 394 et 382; Girard, *Précis*⁴, p. 600, n. 2.

(2) V. *infra*, p. 338.

impossible. Encore ici il faut se résigner à pratiquer *Pars ignorandi*.

Les monastères, à Constantinople et dans les environs, étaient fort nombreux, et les protospathaires n'étaient pas rares partout ailleurs que dans les rangs du clergé. Donc nul moyen de hasarder une conjecture.

Au contraire, il nous paraît que l'on peut, par la méthode d'élimination, arriver à connaître le tribunal saisi.

Nous lisons dans la *Meditatio* (1) que son auteur a parlé devant le συνέδριον. Quel συνέδριον? Le mot grec est imprécis. Il signifie une assemblée, soit un tribunal, soit un congrès ou toute autre assemblée délibérante. Aujourd'hui, les Grecs appellent συνέδριον τῶν βουλευτῶν notre Chambre des députés (2). Dans notre texte, le mot peut signifier ou une réunion d'élèves et de professeurs en droit, ou une réunion de juges. Nous avons établi que de ces deux significations la première est à rejeter. Il reste la seconde : le συνέδριον est un tribunal.

Le point est de savoir quels sont les συνεδριάζοντες. Sont-ce des juges de province ou des juges de la capitale, des juges laïques ou des juges d'église, des juges ordinaires ou des juges délégués?

Zachariae von Lingenthal n'éprouve aucune hésitation. Il écrit que la *Meditatio* est le *votum* d'un juge assesseur d'un tribunal de Constantinople (3). Biener, dans son *Histoire des Novelles*, avait déjà, mais non pas sans hésiter, proposé cette manière de voir (4). Mortreuil partageait l'avis de Biener (5). Il nous semble que ces savants, bien qu'ils n'aient pas justifié leur

(1) VI, 29.

(2) Ils appellent aussi la cour des comptes τὸ Ἐλεγκτικὸν Συνέδριον. Cf. Hépitès, *Dictionnaire grec-français*, Athènes, 1910, v^o συνέδριον.

(3) *Gesch. de G. R.* R.³, p. 296.

(4) *Op. cit.*, p. 146.

(5) *Op. cit.*, II, p. 138 et 170.

opinion, étaient dans le vrai. Une raison pressante de décider comme eux résulte de ceci que le principal contradicteur de l'auteur de la *Meditatio* est un homme illustre, un philosophe parvenu au faite des honneurs (1), qui parle haut et fait presque figure de législateur (2). Un tel personnage ne peut évidemment siéger que dans un tribunal de la capitale; ajoutons qu'il ne peut appartenir qu'à un tribunal de l'ordre le plus élevé.

Il faut donc écarter les petits tribunaux de Constantinople, tels que le tribunal du *Praetor plebis* (3), le tribunal du parathalassite (4), les tribunaux des *Judices regionum* (5). Parmi les tribunaux plus importants, il en est aussi quelques-uns auxquels on ne peut pas penser pour des raisons qui varient avec chacun d'eux. Si, comme nous le croyons, la *Meditatio de nudis pactis* date du milieu du XI^e siècle, le tribunal du questeur n'a pu être saisi, car il serait incompétent (6), ni le tribunal du Drougaire, car il n'existe guère encore (7), ni le tribunal du *protasecretis*, qui apparaît surtout sous Alexis I^{er} Comnène (8), ni celui du dikaiodote créé encore plus tard sous Manuel Comnène (9), ni le tri-

(1) VI, 4.

(2) III, 2.

(3) Nov. Just., XIII, 3; *Bas.*, VI, 5, 4.

(4) *Περὶ*, LI, 29. Ce texte est remarquable par les renseignements qu'il donne sur l'organisation judiciaire au XI^e siècle. Cf. Bury, *The imperial administrative system in the ninth century*, Londres, 1911, p. 73.

(5) Ce sont des juges de quartiers.

(6) Lire dans Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*³, p. 369, la liste des affaires pour lesquelles le questeur est compétent. Cette liste doit être complétée. V. Nissen, *op. cit.*, p. 51. Il n'est pas en outre exact d'écrire, comme fait Zachariae, *loc. cit.*, que le tribunal du questeur n'est plus mentionné dans la seconde moitié du XI^e siècle. Il est question notamment de la jurisprudence de ce tribunal dans la *Synopsis* de Michel Attaleiate. V. Leuncl., II, 53 (*J. G. R.*, II, p. 47), et dans l'édition de la *Themis de Sgouta*, XXXIV, 9; *Θέμις* VIII, 1861, p. 108.

(7) V. *J. G. R.* de Zach., III, p. 350.

(8) Zach., *Gesch. des G. R. R.*³, p. 377.

(9) V. *infra*, p. 326, n. 4.

bunal de l'Éparque réduit à juger les procès des gens de métier (1).

Un tribunal civil (σέχρετον δικῶν ἰδιωτικῶν) avec, pour président, l'ἐπὶ τῶν κρίσεων, a été créé ou réorganisé par Constantin Monomaque. Ce tribunal se composait de douze juges (2), qui étaient les lointains successeurs des douze juges commissaires délégués (θεῖται δικασταί) dont parle Justinien dans la Novelle 82. Comme ils furent longtemps les subordonnés de l'Éparque (3), on les appela τῶν ἐπαρχῶν δικασταί (4); comme ils siégeaient à l'Hippodrome, on les appela aussi *judices Hippodromi*. La relation entre les juges de l'Hippodrome et les *judices divini* est nettement indiquée par un scholiaste récent des Basiliques : τῶν θεῶν δικαστῶν ... ἥτοι τῶν τοῦ ἵπποδρόμου κριτῶν (5). Toutefois, même après les substantielles notes de Zachariae sur l'histoire des *divini judices* (6), il reste bien des obscurités. Dans la Πείρα, nous trouvons six de ces juges : c'est le tribunal de l'Hippodrome présidé par le magister Eusthate Romain (7). Que sont devenus les six autres? Fischer estime qu'ils forment, sous le nom de *judices veli*, un autre

(1) Πείρα, LI, 29 : οἱ δὲ τῶν τεχνῶν (ὑπόκεινται τῷ ἐπαρχῷ). — D'ailleurs, si l'éparque avait eu ici quelque juridiction, Michel Attaleiates, dans l'acte de fondation de son monastère (V. Sathas, *op. cit.*, p. 35, *in fine*, et Miklosich et Müller, *op. cit.*, V, p. 315), n'eût pas chargé l'éparque de la ville d'assister les moines dans les procès que ceux-ci pourraient avoir.

(2) Balsamon, dans sa *Méditation sur le Chartophylax et le Protodiceus* (V. Leunclavii *J. G. R.*, p. 459) et le Σύγγραμμα de Rhalli et Potli, IV, p. 536), écrit : ἡ δωδεκάς τῶν τοῦ βήλου [αὐτῶν] τοῦ ἵπποδρόμου κριτῶν.

(3) Au lieu de deux préfets (préfet du prétoire, préfet de la ville), il n'y a plus qu'un seul préfet, qui cédera ensuite la place au drongaire de la veille (δρουγγάριος τῆς βίγλας). Cf. Bury, *op. cit.*, p. 69.

(4) V. *infra*, p. 336, n. 2.

(5) *Bas.*, I, p. 242, sch. ἐρξ.

(6) Cf. *Gesch. d. G. R. R.*³, p. 260, n. 1272; p. 361, n. 1273-1277; p. 375, n. 1352 et sq. Cf. W. Nissen, *op. cit.*, p. 50.

(7) XV, 9 : ... τοῦτο ἐκρίθη ἐν τῷ ἵπποδρόμῳ παρὰ τοῦ μαγίστρου καὶ τῶν ἐκκρίτων. Zachariae a proposé très justement de lire ἐ κριτῶν au lieu de ἐκκρίτων, *J. G. R.*, I, p. 44, n. 5.

tribunal (1). Toutes les raisons données par Fischer ne sont pas convaincantes, mais sa manière de voir nous paraît exacte. Elle explique notamment que Psellus ait pu procurer à Elpidius, fiancé de sa fille adoptive, d'abord une place de juge à l'Hippodrome, ensuite une place de juge du voile (2). Il est d'ailleurs probable que plus d'une fois les empereurs fondirent en un seul les deux tribunaux; les juges s'appelaient alors : *κριταὶ τοῦ βήλου καὶ ἐπὶ τοῦ ἵπποδρόμου* (3).

C'est une mesure de ce genre que prit Constantin Monomaque, si le récit de Michel Attaleiates est exact. En 1045, sans doute peu après la fondation de l'École de droit et à l'instigation de Xiphilin, le nouveau directeur de l'École, Constantin Monomaque créa un tribunal des affaires civiles (4). Un des juges devint président sous

(1) *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts* Plauen in V., 1883, p. 8, n. 5. Observons encore : 1) que tant le juge du voile que le juge de l'Hippodrome pouvait cumuler sa fonction avec un autre; 2) que s'il était envoyé comme juge d'un thème, en province, il ajoutait son ancien titre au nouveau. V. Schumberger, *Sigillographie*, p. 520-525.

(2) V. Sathas, *Bibliotheca graeca medii aevi*, V, p. 205 et 206 *in fine*.

(3) Du Cange, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis*, v^o *κριτής*, cite, d'après l'Anonyme de Bari, à la date de 1032 (sous Romain Argyre), un *Michel Protospatha criti tu Bilu ke tu Yppodromu*. Manuel Comnène, par une Novelle de 1166, ch. ix (Leuncl., *J. G. R.*, p. 186. C. Labbe, *Novellae constitutiones graeco-latinae*, Paris, 1606, p. 113), distribua les *judices urbani* (*πολιτικοὶ δικασταὶ*) en quatre tribunaux ou sections, respectivement présidés par l'auguste grand Drungaire (*πρυνσέβαστος σεβαστός καὶ μέγας δρουγγάριος*), le président des *judicia* administratifs (*προκαθήμενος τῶν δημοσιακῶν δικαστηρίων*), le premier secrétaire (*ὁ πρῶτος σηκρήτης*), le *juridicus* (*ὁ δικαιοδότης*). Il est permis de penser avec Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*³, p. 375, n. 1352, mais non pas d'affirmer avec Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 87 et Chalandon, *Jean II Comnène et Manuel I Comnène*, Paris, 1912, p. 629, qu'il s'agit là d'une nouvelle répartition des juges du voile et de l'Hippodrome, cette fois, en quatre tribunaux, avec une compétence qu'on peut à peu près fixer pour le tribunal des *judicia* administratifs, mais non pour les autres.

(4) Fischer, *op. cit.*, p. 18, n. 5, *in fine* : Dieser neue Gerichtshof ist gewiss auch erst etwas später als die Rechtsschule gegründet worden, vielleicht wohl gar erst auf Veranlassung des neuen Nomophylax.

le nom d'ἐπὶ τῶν κρίσεων (*praeffectus judiciorum*) (1). Les juges du tribunal étaient non seulement chargés de rendre des jugements, mais de rédiger certaines pièces de procédure et d'en conserver la copie. Voici, au reste, le texte de Michel Attaleiates : Ἐκλίνισε δέ (sc. Constantinus Monomachus) καὶ σέχρετον δικῶν ἰδιωτικῶν, ἐπὶ τῶν κρίσεων καλίσας τὸν τούτου προσέχοντα. Ἐν τούτῳ οἱ τῶν ἐπαρχῶν διακασταὶ καὶ συντάττουσι τὰ ποιητέα ἐγγράφως καὶ τὰ τῶν σχεδαρίων ἐναποτιθέσιν ἵσα δὲ ὑποψίας ἀπαλλαγὴν (2).

Est-ce le tribunal dont il vient d'être question qui a jugé notre affaire ?

L'hésitation pourrait venir de ce fait que notre tribunal a une importance beaucoup plus grande que les deux tribunaux dont il a été formé (3), et que, selon toute vraisemblance, il ne juge pas *ex delegatione*, mais jouit d'une juridiction propre (4). Cependant, tout bien pesé, nous croyons qu'il faut répondre non. Dans un texte publié par Angelo Mai et reproduit par Zachariae (5), on trouve un ordre hiérarchique établi entre divers fonctionnaires, or l'ἐπὶ τῶν κρίσεων vient le dernier, bien après le logothète du drome, l'ἐπὶ τοῦ κανικλείου, l'Eparque, etc. Le moyen de croire que notre ἐπὶ τῶν κρίσεων ait dans son tribunal, parmi les juges qu'il préside, hiérarchiquement au-dessous de lui, un homme parvenu au faite des honneurs (6), c'est-à-dire un membre du Gouvernement !

(1) Michel Attaleiates, dans sa *Diataxis*, V. Sathas, *Bibl. graeca*, I, p. 44, se déclare : πρῶτος χρητὴς ἐπὶ τοῦ ἱπποδρόμου καὶ τοῦ βῆλου.

(2) *Michaelis Attaliotae Historia*, Bonn, 1853, p. 21. Le texte et la traduction latine de l'éditeur Brunet de Presle laissent ici à désirer. Nous avons, corrigeant le texte, comme l'a fait Zachariae, *Gesch. des G. R. R.*³, n. 1347, écrit σέχρετον au lieu de δέχρετον et ἐπάρχων au lieu de ἐπαρχῶν. Cf. Leunclavius, *J. G. R.*, I, p. 471.

(3) Eclaga, *Bas.*, IX, 1 : οἱ μεγάλοι διακασταὶ ὡς... ὁ ἐπὶ τῶν κρίσεων.

(4) Cf. *Gesch. des G. R. R.*³, p. 361.

(5) *Gesch. des G. R. R.*³, A. 1273.

(6) VI, 4.



Ce n'est pas une cour d'église qui est saisie de notre procès.

Si le tribunal était composé de juges ecclésiastiques, une allusion serait faite, ici ou là, dans notre texte, au caractère sacré dont les juges seraient revêtus. En outre, le juge « parvenu au faite des honneurs » serait alors le patriarche; il présiderait le tribunal, et sûrement l'auteur de la *Meditatio* ne l'apostropherait pas dans les termes que l'on sait. Enfin on ne voit pas pourquoi, dans une affaire surtout pécuniaire, — le monastère réclame de l'argent — on aurait cessé d'appliquer la vieille règle : *actor sequitur forum rei*. Le protospathaire n'est ni prêtre, ni moine, il prétend rester dans le siècle, il doit donc être poursuivi devant un tribunal laïque. C'est ce que confirme pleinement une constitution rendue au mois de juillet, quatrième indiction, de l'an de la création du monde 6389 (1). Cette constitution est d'Alexis I^{er} Comnène, et elle a été promulguée moins de trente ans après la mort de Constantin Monomaque. Elle contient les dispositions suivantes (2) : « Si les litigants ne s'entendent pas et que l'un soit laïque, l'autre clerc, le demandeur sera, sans aucun doute, soumis au *forum* du défendeur (3), et tous deux comparaîtront devant le tribunal compétent ». Il est clair que jusqu'ici Alexis n'établit aucune règle nouvelle; il n'innove pas davantage quand

(1) Donc de l'an 1081, p. Chr.

(2) Le texte est rapporté par Balsamon, *Ad Photh. Nomoc.*, IX, 1. V. Σύνταγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κανόνων de Rhalli et Potli, I, p. 165, et d'après Balsamon, dans le *Syntagma* de M. Blastarès (Ralli et Potli, *op. cit.*, VI, p. 219), et dans le *Prochirum auctum*, 40, 7, *J. G. R.*, de Zachariae, VI, p. 377. Cf. Leuncl., *J. G. R.*, I, p. 139; Zach., *J. G. R.*, III, p. 341.

(3) Ὁ ἐνάγων τηλικαῦτα τῷ φόρῳ τοῦ ἐναγομένου ἐξ ἅπαντος ὑποχέσσεται.

il ajoute : « A moins que l'un des litigants ne réclame le tribunal impérial, auquel cas, tout débat cessant (1), la Majesté impériale examinera l'action et tranchera le litige » (2).

La constitution d'Alexis I^{er}, en même temps qu'elle nous autorise à soutenir que le monastère a porté son action devant un juge laïque, nous permet de penser que l'affaire avait été, sur la demande d'une des parties, évoquée devant le tribunal impérial et jugée par lui. Comme il s'agit d'une évocation, on s'explique pourquoi l'auteur de la *Meditatio* ne fait aucune allusion à une décision antérieure. Il y aurait, il est vrai, une autre explication, ce serait de dire que le monastère jouissait du privilège d'être actionné seulement devant le tribunal impérial. Précisément, nous savons que Constantin Monomaque avait concédé, en 1045, un tel privilège au monastère de Sainte-Marie — la *Neamoni* — de l'île de Chio (3). Mais cette explication nous paraît moins bonne que la première : elle suppose l'application d'un privilège et non du droit commun. Or notre texte ne fait pas plus d'allusion à l'exercice d'un privilège qu'à l'existence d'un jugement en premier ressort.

Le jugement a donc été rendu en premier et dernier

(1) Sous-entendez : devant le tribunal qui a été saisi.

(2) La Novelle d'Alexis ne parle que des *clerici*, mais, outre que beaucoup de moines étaient prêtres, que l'higoumène l'était presque nécessairement, puisqu'il devait confesser ses moines (Cf. Goar, *Euchologium*, p. 491 et 109), des raisons évidentes nous invitent à appliquer ici ce qu'écrit Balsamon sur le canon 34 du concile de Carthage : τῷ ὀνόματι τῶν κληρικῶν καὶ οἱ μονάχοι περιέχονται. V. Ralli et Potli, *op. cit.*, t. III, p. 386. Au reste, en Occident, au moins jusqu'à Charlemagne, on entend par clercs les moines comme les ecclésiastiques. V. Thomassin, *Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise*, éd. André, 1864, II, p. 506.

(3) La Constitution de Constantin Monomaque a été insérée par Miklosich et Müller dans les *Acta*, V, p. 2-4. Sur le monastère de Neamoni et ses privilèges, V. le *Mémoire sur l'île de Chio* de Fustel de Coulanges, Archives des missions scientifiques et littéraires, Paris, 1856, p. 481, 576 sq., et le Recueil de pièces publiées, en 1865, à Chio, par le cathégoumène Grégoire Photinos, sous le titre : τὰ Νεαμονήσια.

ressort par le plus haut tribunal de l'Empire (1), tribunal présidé par l'Empereur lui-même (2) (ou, à son défaut, au ^x^e siècle (3), par le Drongaire de la veille), et composé des plus hauts fonctionnaires et dignitaires (4). L'adversaire de notre auteur y avait donc naturellement sa place, et si notre auteur y siège aussi, c'est que lui aussi occupe une haute situation.

Le tribunal impérial était d'autant mieux désigné pour juger notre procès que dans cette Cour suprême ne manquaient ni les protospathaires (5), ni les dignitaires ecclésiastiques (6). Et comme, en l'espèce, l'Empereur n'avait point présidé son tribunal — sans quoi notre auteur eût sans doute atténué la vivacité de ses reproches et son contradicteur l'insolence de ses moqueries — le jugement rendu ne fut exécutoire qu'après l'approbation impériale (7).



Peut-être n'est-il pas inopportun de faire remarquer, que la règle coutumière confirmée par Alexis I^{er}, — règle autorisant toute personne appelée en justice à demander, dans les conditions sus-indiquées, d'être traduite devant le tribunal impérial, — fut abrogée au ^{xii}^e siècle (8)

(1) Blastar. *Syntagma* (Ralli et Potli, VI, p. 218) : τὸ αὐτοκρατορικὸν καὶ βασιλικὸν κριτήριον ἐκκλήτιν οὐχ ὑποκεῖται.

(2) Ex. : Περσ., XV, 4; XVII, 19, etc.

(3) V. Zach., *Gesch. d. G. R. R.*³, p. 357.

(4) Zach., *op. cit.*, note 1256.

(5) V. Περσ., XXV, 3.

(6) Cf. Balsamon, *Ad Nomoc. Photii*, VIII, 13 (Ralli et Potli, I, p. 159) : Διάκονος δέ τις... εἶπεν ἐπὶ βασιλικῷ βήματι, παρόντος καὶ τοῦ πατριάρχου, κ. τ. λ. V. aussi *J. G. R.*, III, p. 514.

(7) Ex., *Bas.*, LX, 37, sch. : τοῦ Ῥωμανοῦ (Heimb., V, p. 756) : ἀνήνεγκε τὴν ἀπόφασιν τῷ βασιλεῖ κυρῶ Ῥωμανῷ καὶ ἐδέχθη. Cf. Περσ., XLIX, 26, τὸν βασιλέα ἐπικυροῦντα τὴν... ἀπόφασιν.

(8) Ralli et Potli, *op. cit.*, I, p. 166; Voell et Lustell, *Bibliotheca juris canonici veteris*, Paris, 1761, II, 964 : ἐσχόλασεν ἀπὸ μεταγενεστέρως προσ-

par Alexis I^{er} Comnène en 1140 (1). De la constitution rendue par ce prince, le préambule a été publié par C. Witte dans les *Anecdota* d'Heimbach (2) d'après un *Codex Bienerianus* et le *Codex Parisiensis* 1351. Quant à la partie dispositive reproduite par Balsamon, elle était depuis longtemps connue et avait été publiée dans le *Jus Orientale* de Bonnefoi (3), dans l'appendice à la *Synopsis* de Leunclavius et dans le *Jus Græco-romanum* du même Leunclavius (4).

Voici la traduction de ce texte :

« Importunée par plusieurs, Ma Majesté a appris que la plupart de ceux qui sont assignés en justice mettent toute leur industrie à vexer leurs adversaires et qu'artificieusement ils ont trouvé ce procédé : Lorsqu'ils sont appelés devant les tribunaux et qu'ils ont reçu les libelles concernant les actions intentées (5), ils tentent de fuir le combat judiciaire en venant trouver Ma Majesté et en obtenant de ma toute puissance des rescrits (λύσεις) par lesquels il est ordonné à l'Acolouthos (6) de les tra-

τάξεως τοῦ αὐτοῦ βασιλέως κυροῦ Ἀλεξίου τοῦ Κομνηνοῦ (suit la constitution traduite au texte).

(1) Cette Novelle est, dans la collection des Novelles de Zachariae, *J. G. R.*, III, p. 498-500, datée de 1170 et mise sous le nom de Manuel Comnène; mais les raisons données par Zachariae, *op. cit.*, p. 498, n. 1, sont faibles. L'attribution à Alexis I^{er} se fonde sur une déclaration formelle de Balsamon, *Ad Nom. Phot.*, IX, 1; V. *suprà*, p. 339, n. 8. Elle a été communément admise: V. Leunclavius, dans le Supplément de sa *Synopsis*, p. 72, et dans son *J. G. R.*, I, p. 139 et II, p. 184; Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 161. D'ailleurs, Zachariae est depuis revenu à l'opinion commune, V. *Gesch. d. G. R. R.*³, p. 33, n. 29; 356, n. 1251; 377, n. 1363, m^o surtout par cette considération qu'un texte de l'*Ecloga lib. I — X Basilicorum* 11, 3, rédigé sous Jean Comnène, fait une allusion certaine à notre constitution.

(2) II, p. 284.

(3) *Jus orientale*, p. 76-77.

(4) V. *suprà*, n. 1.

(5) ἐλκόμενοι γὰρ ἐπὶ τὰ δικαστήρια κακῶςθεν λιθέλλους ἐπὶ ταῖς κινουμέναις δίκαις λαμβάνοντες.

(6) D'après Witte, *op. cit.*, p. 285, n. 7, qui cite le glossaire de Du Fresne *h. v.*, p. 41, il s'agit ici du *Praepositus sacri Cubiculi*. A notre époque le titre d'ἀκόλουθος désigne d'ordinaire le chef de la garde Varangienne.

duire avec leurs adversaires devant le tribunal de Ma Majesté. Là, procédant par retards nombreux, ils vexent inutilement et longtemps leurs adversaires.

» Afin que cela ne se produise plus et que, à cause de cette méthode perverse, les instances ne soient pas faussées par ces artisans de fourberie, Ma Majesté ordonne à vous tous présidents des tribunaux de ne pas tenir compte d'un rescrit défendant à un juge quelconque de connaître de l'affaire dont il est saisi, même si le rescrit est souscrit au cinabre et porte le sceau de cire. Toutefois, après l'*oblatio libelli*, si dans les vingt jours de la délibération le défendeur a impétré de Notre Majesté un rescrit par lequel un autre juge est adjoint à celui auquel la cause a d'abord été déférée, que les juges constitués s'assemblent et donnent aux débats une solution légale. Si les vingt jours sont écoulés sans admission d'un autre co-juge, alors, comme il est légal, et sans qu'on puisse prétexter que peut-être l'affaire pourra être plus tard tranchée au tribunal impérial, qu'il n'y ait aucun empêchement à la *cognitio*, et que le premier juge saisi décide suivant la subtilité du droit, le tribunal d'appel n'étant aucunement fermé à celui qui se croira lésé. Vous donc, les juges ainsi informés, hâtez-vous d'examiner les affaires qui vous sont déférées et de leur donner une fin légale, car Ma Majesté ne veut pas que désormais l'examen d'une affaire soit empêché par un rescrit postérieur impératif, quel qu'il soit, évoquant l'affaire au tribunal impérial; mais que le procès se déroule sans retardement et s'achève devant le juge ou devant les co-juges adjoints, comme il a été dit plus haut, dans les vingt jours de la délibération. Une fois le procès fini, celui qui se croit lésé aura la faculté de faire appel devant un autre tribunal ou de solliciter une audience impériale ».

Comme le fait justement remarquer Balsamon (1), l'or-

(1) V. *suprà*, p. 339, n. 8.

donnance qu'on vient de rapporter a pour objet d'abroger le chrysobulle d'Alexis I^{er} de 1081. Autant que le préambule de cette ordonnance, le bon sens avertit, en effet, que la règle coutumière confirmée en 1081 par Alexis avait dû causer de grands retards et donner naissance à de criants abus dans l'administration de la justice. Désormais le tribunal saisi ne pourra plus être dessaisi, quoi qu'il arrive, si ce n'est par la sentence qu'il aura rendue.

Tout au plus le défendeur peut-il, en demandant l'adjonction au juge saisi d'un autre juge, retarder de vingt jours l'achèvement du procès. Sous le régime de la nouvelle ordonnance, le tribunal impérial n'eût pas pu connaître de notre affaire par évocation, et par conséquent notre auteur n'eût pas, — sauf peut-être au cas d'appel, — trouvé l'occasion d'écrire la méditation sur les pactes nus.

H. MONNIER, et G. PLATON,

Doyen

Bibliothécaire

à la Faculté de droit de Bordeaux.

(A suivre).

LA
MEDITATIO DE NUDIS PACTIS^(a)

(Suite et fin).

VI

De l'auteur de la *Meditatio de nudis pactis*.

Quand la *Meditatio* fut-elle rédigée, et par qui? Tel est le double problème qui reste à examiner.

Un premier point est certain. La *Meditatio* est postérieure aux *Basiliques*, car les *Basiliques* y sont plusieurs fois citées (1). On peut même, en ce qui concerne l'antériorité des *Basiliques*, préciser un peu plus. Notre auteur écrit que les compilateurs des *Basiliques* avaient exposé l'origine, la nature, les effets des pactes nus sans oublier d'en examiner la définition ἐν τῷ πλάττει (2). Le πλάττει est, comme on sait, dans l'habituelle terminologie byzantine, le commentaire de Stéphane sur les livres du Digeste qui avaient fait l'objet de son enseigne-

(a) *Nouvelle Revue historique*, XXXVII, 1913, p. 135-168, 311-336, 474-510, 624-653; XXXVIII, 1914, p. 285-342.

(1) III, 4; VI, pr., 8, 12, 15, 16 sq., 25, 26, 27; VIII, 3.

(2) III, 4; VIII, 3.

ment à Béryte (1). Or, c'est dans une scholie des Basiliques tirée du *πλάτος* que nous trouvons la plus soignée définition du pacte nu. Donc, en parlant des scholies empruntées au commentaire de Stéphane comme d'une partie intégrante des Basiliques (2), notre auteur donne la preuve qu'il écrit après le règne de Constantin Porphyrogénète. Il est, en effet, communément admis que c'est seulement sous le fils de Léon le Sage, par ses conseils et sous ses auspices, que les scholies anciennes ont été compilées et peu à peu rattachées aux Basiliques (3).

Un second point paraît peu contestable : la *Meditatio* a été rédigée à une époque où les Basiliques n'étaient pas le seul recueil de lois en vigueur, où les compilations de Justinien n'avaient pas perdu toute autorité législative (4). Qu'on lise en effet le début du titre VI. A l'auteur qui vient d'exposer ses idées sur les pactes nus et la *recessio*, le juge contradicteur demande : « Où donc cela se trouve-t-il aux Basiliques ? ». La question est captieuse, car elle implique, chez celui qui l'a posée, l'intention de soutenir qu'une règle de droit est sans force qui n'est pas insérée aux Basiliques. *Irridens*, écrit Gustave Heimbach, *Digesta vim legis obtinere negat* (5). Aussi notre auteur, qui se méfie, répond aussitôt que sa théorie n'est en contradiction ni avec les Basiliques

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 476, n. 4.

(2) V. pourtant Zachariae, dans les *Kritische Jahrbücher* de Richter et Schneider, XXI, 1847, p. 593.

(3) V. *infra*, p. 715, n. 4, Cf. Suarez, *Notitia Basilicorum*, éd. Pohl, 1834, p. 51; Zachariae von Lingenthal, *Delineatio*, § 38, p. 63; *Kritische Jahrbücher f. deutsche R. W.*, 1847, XXII, p. 593, 594; Αἱ ῥοπαι, p. 102, n. 68; *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, p. 26; C.-G. Heimbach, *Prolegomena Basilicorum*, p. 121 et 207; H. Monnier, *Novelle L de Léon le Sage*, p. 26, n. 3.

(4) Cf. Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 138; C.-G. Heimbach, dans l'Encyclopédie de Ersch et Grüber, LXVI, p. 334, et *Proleg. Basil.*, VI, p. 149 et sq.

(5) *Observationum juris graeco-romani liber primus*, Lipsiae, 1830, p. 35.

ni avec la législation postérieure, ce qui revient évidemment à dire que le droit de Justinien, dont il a reproduit les règles, reste en vigueur à côté des Basiliques, tant que ce droit n'a pas été abrogé par une législation nouvelle ou aboli par l'effet du temps (1).

A la vérité, pour ne rien laisser dans l'ombre et pour ne rien laisser subsister de l'objection à lui faite, notre auteur ajoute quelques citations des Basiliques, mais non pas sans protester d'abord contre la prétention d'introduire une distinction entre les lois d'une même nation (2), sans s'indigner au préalable contre cet adversaire qui doit aux lois gloire et bonheur, et qui ne voit dans une partie de ces lois qu'un bavardage inconsideré (3). Après avoir cité des textes des Basiliques, notre auteur revient encore sur cette question de l'autorité, de la force des anciens textes, question qui lui semble capitale. Et c'est alors que, comparant le Digeste

(1) VI, 2. Cf. Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, p. 147 : *Ungeachtet er* (l'auteur de la *Meditatio*) *aber beiden gleichen practischen Werth beilegt, folglich die aelteren Bearbeitungen, auch wo sie in die Basiliken nicht aufgenommen sind, als brauchbare Quelle anerkennt, so giebt er doch zu, dass das, was den in die Basiliken aufgenommenen Stellen geradezu widerspricht oder in den Basiliken geändert ist, nicht auf Gültigkeit Ansprüche habe.*

(2) Il est parlé, VI, 3, des lois homoglosses et homophyles. Les lois sont homoglosses, car on ne lisait plus guère et depuis longtemps le Digeste et le Code dans le texte latin, mais seulement dans les versions et commentaires grecs. Les lois sont aussi homophyles. Sur le sens des mots *ὁμόγλωσσοι*, *ὁμόφυλοι*, on consultera Ed. Cuq, *Un nouveau document sur l'Apotheosis*, Paris, 1913, p. 23. Aux textes cités par ce savant, on en peut ajouter d'autres : Nicéphore Uranus, *Liber de re militari incerti scriptoris byzantini saeculi X*, éd. Vari, p. 27, 29; Nov. *περὶ τοῦ νομοτάξατος*, § 7; Psellus, *Hist.*, III, 40, 117; Zonaras, XVII, 15, etc. M. Ed. Cuq pense que les homophyles sont ceux qui ont même religion. Cette signification revient à celle que nous adoptons, au moins pour le monde byzantin où se fait un continuel travail d'assimilation des races les plus variées. Dans l'empire d'Orient, ce que dit C. Neumann des Arabes (V. *La situation mondiale de l'empire byzantin avant les croisades*, trad. de Renault et Kozlowski, 1905, p. 47) est vrai de tous les barbares : au prix d'un baptême, toute l'échelle des honneurs leur était accessible.

(3) VI, 6.

et les Basiliques, il fait du vieux recueil le curieux et éloquent éloge que l'on sait (1). Il en vante le beau style et la richesse substantielle. Il compare les compilations de Justinien à de larges avenues ouvertes à l'esprit des juristes et qu'il faut avoir parcourues pour franchir aisément les défilés des Basiliques. Ceux qui s'en tiennent aux seules Basiliques n'en auront jamais la pleine intelligence. Ils les jugent pauvres et obscures, sauf cependant, ajoute notre auteur avec une pointe de raillerie, sauf quand ils y trouvent la solution par eux désirée, voulue, et dont ils étaient comme remplis (2).



Puisque, selon notre auteur, la législation de Justinien est encore en vigueur au temps de la *Meditatio*, il convient de rechercher à quelle époque cette législation a cessé d'être obligatoire.

Il est reconnu aujourd'hui (3) que Léon le philosophe n'avait pas eu, en promulguant les Basiliques, l'idée d'abolir les recueils de Justinien (4). Après cette promulgation, comme avant, les juges byzantins eurent toute licence de chercher dans les anciennes compilations du VI^e siècle les règles juridiques non abrogées dont ils

(1) Cf. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 509 et 510.

(2) VI, 28 : "Ὅταν μὲν γὰρ τοῖς ἑαυτῶν θελήμασιν εὖρωσι ταῦτα συντρέχοντα, καὶ τῆς ἐξ αὐτῶν ὁδοῦ τὰς ἑαυτῶν αἰσθήσεις πληροῦντα, ἐπαίνουσι καὶ μεγαλύνουσιν, κ. τ. λ. Il y a là une manière toute biblique de s'exprimer. Cf. Saint Paul, Corinth., II, 14-16; Philipp., IV, 18. Le sens est celui-ci : Pour les juristes qui ne connaissent que les Basiliques, celles-ci sont comme une odeur qui pénètre leurs sens, tantôt agréable et tantôt déplaisante, mais toujours exclusive et par suite nuisible.

(3) Il n'en a pas toujours été ainsi. V. Arthur Duck, *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum*, 1679, p. 58.

(4) V. J.-S. Assemani, *Biblioth. juris orientalis*, 1762, II, p. 603; Biener, *op. cit.*, p. 129-157; Heimbach, dans Ersch et Grüber, LXXXVI; *Proleg. Basilicorum*, p. 143; Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 137.

avaient besoin (1). Une seule restriction s'imposait : si la règle ancienne était à l'opposé de la règle des Basiliques, celle-ci était la plus forte et devait être seule appliquée (2). D'un tel état de législation, si singulier qu'il paraisse aujourd'hui, nous avons notamment la preuve, pour le x^e siècle, dans l'adjonction des scholies anciennes au texte basilical. Ces scholies, en effet, reproduisent ou développent le droit de Justinien. Leur adjonction aux Basiliques au temps de Constantin Porphyrogénète resterait inexplicable si ce droit eût été déjà aboli (3). Plus tard et encore au xi^e siècle, rien n'est changé. Les preuves abondent. Il suffit d'ouvrir la *Πεῖρα*, rédigée peu de temps après la mort de Romain Argyre (4), pour y trouver des textes tirés du *πλάτος* de Stéphane (5), de l'Index de Cyrille (6), du commentaire de Thalélée (7), des citations du Digeste (8) et du Code (9). Dans les deux petits traités *de creditis* et *de peculiis* (10),

(1) On lit, il est vrai, dans la Nouvelle I de Léon, *J. G. R.*, de Zachariae, III, p. 69 : Τούτων οὖν ἡμῖν οὕτω διαρκημένων, ἀπὸ τοῦ νῦν καὶ εἰς τὸν ἔπειτα ἅπαντα χρόνον ἅπασιν εἰς οὓς ἀνήρτηται τὰ τῆς δίκης ζυγά, ἄρχουσι καὶ δικασταῖς, ἐντελλόμεθα, τοὺς μὲν ὅσοι νόμοι παρὰ τῆς Βασιλείας ἡμῶν τοῦ νομίμου ἐδάφους τὴν ἀπαλλοτριώσιν κατεψηφίσθησαν, τούτους ἀρχήστους ἡγουμένους ἔαν ἐβρίθῃ, κατὰ δὲ τοὺς λοιποὺς ἐγγράφους τοὺς τε ἀρχαίους καὶ τοὺς μικροὺς μὲν πρόσθεν παρὰ τοῦ ἀειμνήστου πατρὸς ἡμῶν, νῦν δὲ παρ' ἡμῶν ἐγκειμένους ἢ τελεσπισμένους ταῖς δίκαις βραβεύειν τὰς διαλύσεις.

(2) VI, 2. Cf. *Bas.*, V, p. 826, 892, etc.

(3) G.-E. Heimbach, *Observat.*, p. 34, niait l'usage légal des livres de Justinien après Constantin Porphyrogénète; c'est une opinion inadmissible.

(4) Cf. H. Monnier, *La Nouvelle I de Léon le Sage*, p. 33.

(5) V. *Πεῖρα* (*J. G. R. I.*), XVI, 10; XXVI, 12; XXXVI, 15. Pour XVI, 9, V. Zachariae dans la *Zeit. d. Savigny-Stiftung*, X, p. 267, n. 1.

(6) *Ibid.*, XXVI, 12; XXXVI, 15; XLI, 15.

(7) *Ibid.*, VII, 1; XXXVI, 2; XLI, 23; LIX, 3; LXVI, 8, 9, 10.

(8) *Ibid.*, XVII, 17; XXVI, 12; XLIX, 19; LIV, 10.

(9) *Ibid.*, 25.

(10) Le traité *De peculiis* a été publié par G.-E. Heimbach, dans les *Anecdota*, II, p. 234 sq. L'éditeur écrit : Dubitari nequit quin hic, quem edimus, liber illis temporibus, quibus et Basilica exstabant et Justiniani juris corpora non admodum neglecta jacebant, vindicandus est. Le traité est d'ailleurs antérieur à l'an 1045, date de la Nouvelle qui fonde l'école de droit.

composés sous le règne de Constantin Monomaque, on cite comme faisant loi, à côté des textes des Basiliques, les textes de Justinien ou les versions d'exégètes tels que Théophile, Thalélée, Théodore, Symbatius, Doro-thée. Enfin, dans les règles que Psellus a versifiées pour faciliter les efforts mnémoniques de son impérial élève Michel Dukas, le Digeste, le Code, les Nouvelles sont encore énumérés parmi les sources du droit actuel (1). En 1082, Alexis I Comnène se plaint qu'on accorde plus de force aux écrits de Thalélée qu'aux paroles impé-riales, et pourtant il vante les mérites de Théodore d'Hermopolis, si habile à pénétrer les obscurités de la loi (2), et il cite les nouvelles 44 et 49 de Justinien (3).

Cependant le bon sens avertit que la coexistence des deux législations Léonienne et Justinienne ne pouvait se maintenir indéfiniment. Par la force des choses, celle-ci devait être écartée par celle-là. Ce résultat est obtenu à la fin du xii^e siècle. Voici comment Biener l'a démontré (4) :

On sait que Balsamon a illustré de scholies le Nomo-

Cela paraît du moins résulter des premières lignes du texte. La Nouvelle de 1045 exige, en effet, pour l'entrée dans la magistrature, des études et des épreuves, et précisément l'auteur du traité *De peculiis* commence par regretter que ces études et ces épreuves n'existent pas. Fischer, *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts*, Plauen i. V., 1883, p. 54, considérant que la méthode suivie par l'auteur du traité est la méthode historique, pense que l'auteur pourrait bien être Xiphilin et qu'il écrit vers 1040. — Le traité *De creditis* ou *De privilegiis creditorum* a été publié pour la première fois, d'après le manuscrit de Bologne, B, IV, 67, fol. 258-970, dans les *Jahr. d. Litt.* d'Heidelberg, 1841, p. 541, et depuis, comme Paratitlon XXIV, à la suite du *Prochirum auctum*, J. G. R. de Zach. VI, p. 421 sq. Fischer, *Studien...*, p. 55, en place, avec raison, de 1045 à 1055, la date de rédaction. Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 458, plaçait cette date peu après la publication des Basiliques, c'est trop tôt; Heimbach, au xii^e siècle, c'est trop tard.

(1) Sur la *Synopsis legum*, V. *infra*, p. 754 sq.

(2) J. G. R. de Zach., III, p. 346.

(3) *Ibid.*, p. 351.

(4) *Gesch. d. Novellen*, p. 145 sq. Cf. Zachariae, *Αἱ νόμοι*, p. 93, n. 52.

canon de 883 (1). L'ouvrage de Balsamon a été rédigé sur l'ordre de Manuel Comnène et du patriarche Michel Anchialus (2). L'empereur et le patriarche avaient ordonné à Balsamon d'examiner les canons, d'interpréter ceux qui paraîtraient contraires aux lois, d'expliquer ceux qui sembleraient obscurs, en prenant, comme base du travail, le Nomocanon en seize titres de Photius (3). Balsamon devait indiquer ce qui était encore applicable, et ce qui n'était plus en vigueur n'ayant pas été reçu dans l'*Ultima Repurgatio* de Constantin Porphyrogénète. Il fallait éviter que le patriarche lui-même fût exposé, comme dans l'affaire du métropolite d'Amasie, à considérer comme obligatoires des règles qui ne l'étaient plus (4). Cette affaire, nous la connaissons, grâce à Balsamon (5) : en voici les éléments essentiels.

(1) L'attribution à Photius est douteuse : elle ne remonte pas au delà du XII^e siècle. V. Zachariae v. L., *Die griechischen Nomokanones*, Saint-Petersbourg, 1877, p. 13.

(2) V. Rhalli et Potli, *Σύνταγμα τῶν κανόνων*, 1852, I, p. 31 sq., et Voel et Iustell, *Bibliotheca juris canonici veteris*, 1661, II, p. 781 sq.

(3) Rhalli et Potli, I, p. 31 : ... ἡμεῖς ὀρισθέντες παρὰ τοῦ θεοστεφοῦς ἀγίου ἡμῶν Αὐτοκράτορος κυροῦ Μανουὴλ τοῦ Κομνηνοῦ, καὶ τοῦ παναγιωτάτου ἡμῶν δεσπότη καὶ οἰκουμενικοῦ Πατριάρχου, τοῦ γεγονότος ὑπάτου τῶν φιλοσόφων, κυροῦ Μιχαὴλ τοῦ Ἀγγιᾶλου, τοὺς ἱεροὺς κανόνας κατασκέψασθαι, καὶ τὰ ἐν τούτοις ἀσαφεῖ, καὶ τοῖς νόμοις τὸ δοκεῖν ἐναντιούμενα σαφηνίσαι καὶ ἐρμηνεῦσαι, ὡσαύτως καὶ τὰ παρὰ τοῦ ἀγιωτάτου ἐκείνου Πατριάρχου κυροῦ Φωτίου συγγραφέντα, καὶ εἰς δέκα πρὸς τοῖς τέσσαρσι τίτλους θεωρούμενα καὶ πρὸ τῶν κανόνων συγκεφαλαιωθέντα, μετ' ἐπιστάσεως πολυπραγμονῆσαι.

(4) *Ibid.*, p. 32 : καὶ τὰ μὲν ἐν τούτοις τεθέντα νόμιμα καὶ ἐνεργοῦντα παραδελῶσαι, τὰ δὲ σχολάσαντα καὶ μὴ δεχθέντα κατὰ τὴν τελευταίαν ἀνακάλυπτον τῶν νόμων, τὴν γενομένην παρὰ τοῦ αἰοιδίμου Βασιλέως κυροῦ Κωνσταντίνου τοῦ Πορφυρογεννήτου, αὐθις ἀναδιδάξαι, ὡς ἂν μὴ τινες ἐντυγχάνωσι τούτοις, καὶ τὰ ἀπρακτῆσαντα νόμιμα ὡς ἐνεργοῦντα καὶ ἔμπρακτα δέχωνται, κλίνεσθαι ὡς πλανῆται τῆς εὐθείας καὶ βασιλικῆς ὁδοῦ ἀποτρέγωνται, ὅπερ καὶ τῷ ῥηθέντι παναγιωτάτῳ δεσπότη ἡμῶν... ...συμπεσεῖν ἐκινδύνευσεν ἐπὶ τῇ ὑποθέσει τοῦ μητροπολίτου ἐκείνου Ἀμασειᾶς κυροῦ Λέοντος...

(5) *Ibid.*, I, p. 49.

L'Église d'Aminsus était veuve de son évêque depuis plus d'un an (1). En vain, le patriarche, par trois fois, avait invité le métropolitain d'Amaseia, Léon, à pourvoir au siège vacant. Le métropolitain était resté coi. Michel Anchialus réclama alors le droit de nommer et de consacrer l'évêque. Le patriarche s'appuyait sur une disposition du chapitre 1^{er} de la nouvelle 123 de Justinien (2). Il soutenait que, le métropolitain n'ayant pas pris la décision malgré les trois édits, lui, le patriarche, avait droit de la prendre. Et comme on objectait que cette disposition du chapitre 1^{er} de la Nouvelle n'avait pas été insérée aux Basiliques et par suite n'avait aucune force impérative (3), le patriarche s'obstinait, répondant qu'il était indigne de rejeter même un *apex* de ce qui était au Nomocanon, livre estimé dans l'église à l'égal de la divine Écriture.

L'affaire fut portée devant l'Empereur et ses plus importants conseillers, qui donnèrent tort au patriarche. Et celui-ci, pour ne plus avoir à subir semblable défaite, invita le canoniste Balsamon à composer un ouvrage dans lequel on trouverait, indiquées au plus juste, les règles toujours existantes et toujours applicables. C'est ce qui fut fait.

L'anecdote est probante. Même, en matière ecclésiastique, les seules Basiliques sont obligatoires. *A fortiori*, en toute autre matière, ne peut-on invoquer les compilations du VI^e siècle.

De ce qui précède il résulte que la *Meditatio* a été rédigée après le règne de Constantin Porphyrogénète et

(1) Sur Aminsus et la métropole Amaseia (dans l'Hélénopont), v. les *Notitiae episcopatum* dans le *Synecdemus Hieroclis*, éd. Parthey, 1866, et dans Gelzer : *Ungedruckte und ungenügend veröffentlichte Texte der Notitiae episcopatum*, 1901.

(2) Cf. Athanasii *Epitome*, éd. Heimbach, p. 4, et *Nomocanon* de Photius, I, 9.

(3) ὅτε καὶ τινῶν λεγόντων μὴ δεχθῆναι εἰς τὰ Βασιλικά τὴν τοιαύτην τῆς νεαρᾶς διατάξιν, πάντεσθιν ἀπρακτον εἶναι...

avant celui de Manuel Comnène. Essayons de préciser davantage.

Pour que le juge contradicteur ait pu, avec quelque vraisemblance, soutenir sa thèse, pour que notre auteur ait dû défendre la sienne avec insistance, il faut que tous deux vivent à une époque où l'oubli et le discrédit commencent à s'étendre sur les compilations de Justinien. Le rédacteur de la *Meditatio* nous apparaît comme un juriste conservateur qui estime le présent sans autorité, quand il ne se relie pas au passé par de solides attaches, une tradition ininterrompue de lois qu'on respecte et qu'on applique. Le juge, son contradicteur, au contraire, estime que les compilations de Justinien ont fait leur temps, et nie leur force législative. Comme ce Michel Attaleiate, dont nous avons un *opus juridicum* (1), et qui fondait, en 1077, le monastère et l'hospice que l'on sait (2), le juge adversaire de notre auteur ne veut voir dans les vieux recueils du VI^e siècle que des matériaux pour l'histoire des origines du droit. Il est vraisemblable que le conflit doctrinal, qui existait bien avant Michel Attaleiate, devint plus grave et mieux défini quand fut fondée, en 1045, l'école

(1) Le *ποίημα νομικόν* de Michel Attaleiate a été publié d'abord par Freher, dans le *Jus Graeco-Romanum* de Leunclavius, II, p. 1-79, et plus complètement par Léonidas Sgouta, dans la *ἑλέμις ἢ ἐξέτασις τῆς Ἑλληνικῆς νομοθεσίας*, VIII, p. 47 et s. Michel Attaleiate avertit qu'il a voulu faire un manuel très bref, accessible à tous, sans répugner, pour plus de clarté, à l'emploi de la langue vulgaire. Tout de même il donne quelques indications historiques. Il s'étend sur le Digeste, le Code, les Institutes, « le livre des Nouvelles fait par Tribonien, homme savant et cupide ». Puis il ajoute : « Enfin, le Basileus Léon résolut de faire une œuvre unique en réunissant ce qui était séparé. Il fit compiler Digeste, Code, une bonne partie des Institutes et les Nouvelles, et de la substance de ces œuvres il composa un tout en 60 livres et 6 volumes. Cela soit dit pour établir l'origine des lois et la formation de ces 60 livres qui sont maintenant en usage (καὶ τῆς τῶν νῦν πραττομένων ἐξήκοντα βιβλίων ὁργανώσεως) ». De ces derniers mots, Biener conclut, *op. cit.*, p. 114 et sq., 145 et sq., à bon droit, que, pour Michel d'Attalie, les Basiliques sont seules en vigueur. V. d'autres arguments dans Gust. Heimbach, *Observ.*, p. 21-23. *Contrà*, Guill. Heimbach, *Proleg. Basil.*, VI, p. 147 et sq.

(2) V. *suprà*, p. 316.

de droit de Constantinople. Le directeur de l'école, juriste familier avec la langue latine (1) et les méthodes historiques (2), Jean Xiphilin, dut faire effort pour maintenir à côté des Basiliques, et au même niveau, les anciens recueils. Mais Xiphilin avait des adversaires nombreux qui prirent le contre-pied de son enseignement (3). Quand l'influence de Xiphilin et de ses disciples aura disparu, c'est l'opinion la mieux accommodée à l'ignorance et à la paresse qui triomphera aisément.

Il semble donc assez naturel de se ranger à l'opinion émise par Zachariae en son histoire du droit gréco-romain et de faire remonter jusqu'au temps de Constantin Monomaque la date de rédaction de la *Meditatio* (4). L'unique indication chronologique, vague d'ailleurs, contenue dans notre texte, ne contredit pas, et même appuie cette manière de voir. On lit, tit. I, § 1, que la misère des temps a mis fin à toute ambition. Ce sont donc des temps misérables, faits pour décourager, que ceux dans lesquels se déroule notre procès. Quels sont ces temps? Quelle est cette misère? L'Empire d'Orient, dans sa longue existence, a tour à tour subi les pires disgrâces de la fortune et joui de ses plus hautes faveurs. L'occasion s'est donc souvent offerte aux Byzantins de parler de la misère des temps, mais jamais mieux que

(1) V. Nov. περί του νομοφυλακῆς, § 15.

(2) V. *infra*, p. 734 sq.

(3) C'est à cet enseignement, ἡ τοιαύτη διδασκαλία, que notre texte VI, 1 fait allusion. L'auteur qui n'est autre que Xiphilin, V. *infra*, p. 733 sq., s'indigne que l'enseignement du Digeste puisse être, dans le silence des Basiliques, méprisé et délaissé.

(4) *G. d. G. R. R.*³, p. 30 : In diese Zeit (sc. 1042-1054) ist zu setzen ein richterliches *Votum* über eine Vertragstreitigkeit, μελέτη περί φιλῶν συμφόνων. Et comme Zachariae, dans la seconde édition de son histoire (1877), p. 19, indiquait la même époque, on doit considérer comme le résultat d'une inadvertance ce qu'il écrivait dans la préface de son édition des Nouvelles, I, p. vii : μελέτην περί φιλῶν συμφόνων initio sæculi XI scriptum esse constat.

sous le règne de Constantin Monomaque. « Ce règne, écrit M. Schlumberger (1), fut un des plus troublés de l'histoire de l'Empire ». M. Schütte écrit de son côté que le « règne de Constantin Monomaque, en partie par sa faute, en partie sans que l'empereur fût répréhensible, a été exceptionnellement rempli de périls et de désastres » (2).

On s'assure aisément que ces deux historiens n'exagèrent rien quand on recueille les témoignages des chroniqueurs byzantins : de Psellus, historiographe officiel sans doute, mais si intéressant, souvent témoin oculaire et toujours bien informé (3), de Michel Atta-

(1) *L'épopée byzantine à la fin du x^e siècle*, III, 1905, p. 565. Cf. Lebeau, *Histoire du Bas-Empire*, liv. LXXVIII, 11.

(2) V. dans le *Jahresbericht des Königl. Gymnasiums zu Plauen i. V. auf das Schuljahr 1895-1896*, l'étude de R. Schütte, qui a pour titre : *Der Aufstand des Leon Tornikios im Jahre 1047*, p. 1 et 19. De son côté, Paparrigopoulos, *Ἱστορία τοῦ ἑλληνικοῦ ἔθνους*², Athènes, 1887, IV, écrit également : « Ὁ Κωνσταντῖνος Θ' Μονομάχος ἦτο ἄνθρωπος μέτριος, καὶ δὲν ἦτο μὲν βεβαίως χειρότερος τῶν ἀμέσων αὐτοῦ προκατόχων, ἀλλ' αἱ δυσχέρειαι πρὸς ἃς εἶχε νὰ παλαίσῃ εἶχον κορυφώθῃ, ὥστε ἡ βασιλεία αὐτοῦ ἀπέβη μία τῶν ὀλεθριωτέρων τῆς πατρίδος ἡμῶν ἱστορίας ».

(3) L'histoire de Psellus a été, pour la première fois, publiée, en 1874, par Sathas, *Biblioth. gr. med. aevi*, IV, et depuis, par le même savant, en 1899, sous le titre : *The history of Psellus*, dans la collection des *Byzantine Texts* de J.-B. Bury. C'est d'après cette nouvelle édition que nous ferons nos citations. Le seul manuscrit est le Cod. 1172 de la Bibliothèque nationale, manuscrit très précieux, car, dit Sathas, « it is a very corpus of Byzantine history, beginning at the creation and ending with Michel VII. Of these chroniclers, Simeon Logothetis is the first, Leo the Deacon the second, his continuer Michel Psellus the third ». — Psellus a commencé son histoire sur l'invitation de plusieurs personnages, p. 101, parmi lesquels il en est un qu'il appelle, cf. 135, πῶς τε πάντων ἀνδρῶν. Ce serait, selon Sathas, *B. gr. m. aevi*, IV, p. cxvi, Constantin Lichudes. D'après Fischer, *Beiträge zur hist. Kritik des Leon Diakonos et Michael Psellus*, dans les *Mittheilungen des Inst. f. Oesterreichische Geschichtsforschung*, VII, p. 1353 sq., ce serait Constantin Dukas. Psellus conduisit d'abord son récit jusqu'à la fin du règne d'Isaac Comnène, — p. 214, ὅρον θήσονται, — puis, après la mort de Constantin Dukas, il ajouta l'histoire de cet empereur, — p. 236, ὧς θεῖα καὶ καθαρῶτά τε ψυχή. — Quant à la dernière partie, qui est une sorte d'appendice, Psellus l'écrivit sous les yeux et, en quelque sorte, avec la collaboration de Michel Dukas qui, p. 293, lui fournissait des documents. — Il ne

leiales(1), bon juriste, sincère écrivain, qu'anime un profond sentiment de justice, de Jean Skylitzès, de Cédreus, de Zonaras, de Glycas, d'Ephraemius, de Manassès, etc., et, quand on lit, pour certains détails, les annales de Bari, l'anonyme de Bari, Guillaume d'Apulie, la chronique de Nestor et celle de Mathieu d'Edesse (2).



Constantin IX Monomaque était monté sur le trône par l'effet du caprice de la porphyrogénète Zoé. Le père de celle-ci, Constantin VIII, avait eu trois filles : Eudoxie, Zoé, Théodora (3). D'Eudoxie on sait peu de chose; elle se fit religieuse et ne fit pas parler d'elle(4). Théodora prit aussi le voile, mais elle reparaitra plusieurs fois sur la scène du monde, et mourra impératrice le 31 août 1056. Quant à Zoé, elle avait, en 1028, une cinquantaine d'années. Elle était encore fort jolie et, assure M. Ram-

faut pas oublier que l'on trouve dans la *Biblioth. g. med. aevi* de Sathas d'autres œuvres de Psellus et notamment, dans le tome IV, les oraisons funèbres de Michel Cérulaire, de Constantin Lichudès, de Jean Xiphilin; dans le t. V, l'éloge de la mère et de la sœur de Psellus, l'éloge de Nicetas *magister*, de Jean Euchaïta, deux éloges de Constantin Monomaque, l'épigramme du moine Jacob et la réponse de Psellus, l'apologie pour Xiphilin, environ deux cents lettres et diverses autres pièces.

(1) V. *suprà*, p. 717, n. 1, et *infra*, p. 751, n. 1.

(2) Zonaras, Cédreus, Scylitzès, Glykas, Ephraemius, Manassès, sont dans la Byzantine de Bonn; l'Anonyme de Bari dans Muratori (*Rerum Italicarum Scriptores*, I, 138); les annales de Bari, Guillaume d'Apulie, *Gesta Roberti Wiscardi*, dans les *Monumenta Germ. hist.*, V et IX, éd. *in folio*. La chronique de Nestor a été traduite par Léger, Paris, 1884, et la chronique de Mathieu d'Edesse continuée par Grégoire le Prêtre a été éditée par Dulaurier, Paris, 1858.

(3) Cf. Spiridion Lampros, *Ἱστορία τῆς Ἑλλάδος*, V (Athènes, 1902), p. 259 sq; A. Rambaud, *Études sur l'histoire byzantine*, Paris, 1912, p. 133 sq.; Diehl, *Figures byzantines*, I², 1900, p. 246-290; Gfrörer, *Byzant. Geschichten*, éd. par Weiss, III, 1877, p. 233 sq.; Schlumberger, *op. cit.*, p. 55.

(4) Elle est morte avant 1042. Cf. du Cange, *Historia Byzantina*, Paris, 1690, p. 144.

baud, « elle montrait du tempérament » (1). Constantin VIII, se sentant mourir, s'avisa qu'il fallait un mari à sa fille, et força Romain Argyre à l'épouser (2), moyennant quoi, Constantin étant mort, Romain devint empereur. Romain ne régna pas bien longtemps; en 1034 il mourut étouffé dans les bains du Palais (3). L'impératrice avait un amant qu'elle fit aussitôt couronner. Ce fut l'empereur Michel IV. A la mort de celui-ci, en 1044, son neveu, qu'il avait fait adopter par Zoé, régna sous le nom de Michel V. Le nouvel empereur se crut bientôt assez fort pour se débarrasser de Zoé, qu'il envoya dans un monastère de l'île de Proté. Cet acte d'ingratitude, qui était aussi un attentat contre la souveraine légitime, fut aussitôt puni (4). Le peuple tira Théodora de son couvent et la proclama impératrice à côté de Zoé. Michel V fut aveuglé et enfermé dans un monastère (5).

Le pouvoir était donc aux mains des deux porphyrogénètes. Mais, affirme Lebeau (6), « c'eût été un phénomène trop extraordinaire que deux femmes se fussent longtemps accordées dans le gouvernement d'un grand État. Zoé crut s'apercevoir que sa sœur avait sur elle la préférence dans le cœur de ses sujets, et, piquée de jalousie, elle fut la première à proposer... l'élection d'un prince pour soutenir l'honneur de l'Empire. Elle ajoute

(1) *Op. cit.*, p. 233. Psellus assure, p. 162, que jusqu'à l'extrême vieillesse, elle conserva un visage charmant : Ἐβδόμηκοστόν δὲ ἤδη ὑπερβῆσα ἔτος τῆς ἡλικίας ῥυτίδα μὲν οὐκ εἶχεν ἐπὶ τοῦ προσώπου, ἀλλ' ἦνθις ὥς ἐπὶ νέῳ τῷ κάλλει.

(2) V. Gfrörer, *op. cit.*, III, p. 122.

(3) Rambaud, *op. cit.*, p. 234-236, a traduit le dramatique récit de la mort de Romain Argyre fait par Zonaras, *Epit. hist.*, XVII, 13. Une miniature du Skylitzès de Madrid, reproduite dans Schlumberger, *op. cit.*, p. 321, représente curieusement la mort de Romain Argyre.

(4) Sur le caractère de légitimité qui s'attachait aux descendants de Basile I, V. Rambaud, *L'empire grec au x^e siècle*, p. 23 sq.

(5) Psell., *Hist.*, p. 101.

(6) *Histoire du Bas-Empire*, 2^e éd., revue par Saint-Martin et continuée par Brosset, XIV, p. 316.

que, pour donner un droit légitime à celui qui serait jugé digne de cet honneur, elle voulait bien se sacrifier elle-même au bien de l'État, et qu'elle consentirait à l'épouser ». Et le 11 juin 1042, elle épousa en effet Constantin Monomaque, qu'elle avait, au temps de Michel IV, distingué pour sa beauté (1). Comme Constantin et Zoé avaient déjà convolé, l'un et l'autre, deux fois en justes noces, le patriarche Alexis, tout hérissé de scrupules canoniques (2), ne voulut pas les unir lui-même. Il laissa le doyen des élèves du Palais procéder à la cérémonie (3). Après quoi, il embrassa les nouveaux époux. Je ne sais, écrit Psellus, si ce fut comme prêtre ou comme courlisan (4).

Zoé avait alors soixante-quatre ans. Elle vivra encore huit ans (5). Il n'est pas absurde de penser qu'elle fut plus fidèle à son troisième mari qu'aux deux autres. Quant à Constantin, lors de son élévation à l'empire, il était fort attaché à une belle jeune femme de l'illustre famille des Skleri. Une fois Basileus, il lui resta à peu près fidèle, lui conféra la dignité de Sebasté, et obtint de l'impératrice Zoé un traité, dûment enregistré au Sénat, qui régularisait le ménage à trois (6). Il y a dans l'histoire

(1) Sur cette beauté de Constantin, quand il était jeune, beauté que les maladies et les infirmités anéantirent ensuite, v. Psellus, *Hist.*, p. 146. Sur ses qualités morales et ses mérites, v. *ibid.*, p. 160; Manassès, *Comp. chron.*, V, 1250 sq. Neumann va trop loin dans l'éloge quand, *op. cit.*, p. 68, il donne à Constantin IX « une géniale nature de bohème ». Cf. Brehier, *Le schisme oriental du XI^e siècle*, 1899, p. 40 sq.; Lampros, *op. cit.*, IV, p. 307.

(2) Les décisions du τόμος τῆς ἐνώσεως de 920 (V. J. G. R. de Zach., III, p. 228-233) étaient toujours en vigueur.

(3) Cédrene, 542, 15; Zonaras, XVII, 20; Glycas, 593, 15.

(4) P. 161 : τοῦτο δὲ οὐκ οἶδα εἴθ' ἱερατικόν εἴτε κολατικόν καὶ πρὸς τὸν καιρόν.

(5) Zonaras, XVII, 28.

(6) Psell., *Hist.*, p. 115 : συγγραφὰς φιλίας ποιεῖται. Quand Sclérène mourut, l'empereur la remplaça par une jeune Alaine qui, dit Psellus, p. 159, sans être belle, avait la peau blanche et de beaux yeux. Il la fit également Sebasté. Cf. Lampros, *op. cit.*, V, p. 310.

de Psellus un joli détail que le lecteur nous pardonnera de rappeler (1). Quand la nouvelle *Σελαστή* parut dans la procession de la Cour, à son rang après les impératrices, un courtisan murmura, comme ébloui par cette apparition de la beauté parfaite : Οὐ νέμεσις. Et dans la brillante assistance lettrée et libertine, il n'y eut pas une personne qui ne se souvint des célèbres vers de l'Iliade :

Οὐ νέμεσις Τρῶας καὶ εὐκνήμιδας Ἀχαιοὺς
 Τοιγᾷδ' ἀμφὶ γυναικὶ πολὺν χρόνον ἄλγεα πάσχειν.
 Αἰνῶς ἀθανάτησσι θεῇς εἰς ὧπα ἔοικεν (2).

Constantin Monomaque mourut le 11 janvier 1055. Théodora reprit le pouvoir et le conserva jusqu'à sa mort survenue l'année suivante. Avec Théodora s'éteint la maison Macédonienne (3).



Aussitôt empereur, Constantin Monomaque eut à combattre l'asiatique Georges Maniakès. Ce remarquable général avait été envoyé par Zoé en Italie et y avait rétabli les affaires de l'empire (4). Mais l'empereur, poussé par le frère de Sklérène, enleva à Maniakès son commandement. C'était une injustice et une insigne maladresse. Maniakès, outré de colère, entraîna ses troupes à la révolte et se fit proclamer empereur. En

(1) *Op. cit.*, p. 116. Cf. Diehl, *op. cit.*, p. 277.

(2) Hom., *Il.*, III, 156.

(3) Cf. Mädlar, *Theodora, Michel Stratiotikos, Isaac Komnenos, ein Stück byzantinischer Kaisergeschichte*, Plauen i. V., 1899.

(4) Il y a encore à Syracuse un *Castello Maniace*. Sp. Lambros, dans les *Ἱστορικά Μελετήματα*, Athènes, 1884, a publié un poème et une épigramme funéraire célébrant Maniakès. — Sur ce Maniakès en Italie, V. Gogl. Apulensis, I, 445 sq., *Annales Burenenses*, 1042; Cedrène, 531; Gay, *L'Italie méridionale et l'Empire byzantin*, 1904, p. 450 sq.; Schlumberger, *op. cit.*, p. 432-455; Chalandon, *Histoire de la domination normande en Italie et en Sicile*, 1907, p. 102 sq.; Lambros, *op. cit.*, V, p. 313 sq.

quelques jours il parvient à Dyrrachium et, par la voie Egnatia, marche sur Thessalonique. Vainqueur à la bataille d'Ostrovo, il eût certainement renversé Constantin s'il n'eût trouvé la mort, on ne sait trop comment, le soir même de sa victoire (1).

La même année, Théophile Eroticos, stratège de l'île de Chypre, soulève la population contre les percepteurs d'impôts, et tente d'établir un royaume indépendant (2).

En 1043, les Russes (les Scythes de Scylitzès) arrivent jusqu'à la forteresse de Hierion au nombre de cent mille (3). Ils prétendaient venger la mort d'un marchand de leur pays tué dans une échauffourée. Monomaque conduisit contre eux une flotte improvisée et réussit à en débarrasser l'Empire (4).

En 1044, l'imprudente cupidité du Basileus causa de grands désastres en Orient. Les provinces frontières ne payaient pas d'impôts, à condition de garder ou de défendre les passages. Constantin changea tout cela et fit lever les impôts. Le résultat fut déplorable. Les Huns Nephthalites envahirent l'Ibérie sans défense (5).

En 1046 le catapan d'Italie se fait battre par les Normands (6).

En 1047 éclate la formidable révolte de Léon Tornikios, dont il est bon de faire un récit très sommaire.

(1) On racontait que, blessé au flanc d'un coup de flèche, il était tombé de cheval et avait expiré sur place. Psellus, *Hist.*, p. 126; Mich. Att., *Hist.*, p. 19; Cédreus, 549; Joel, 3115.

(2) Cédreus, 549; Zonar., XVII, 22.

(3) Cédreus, 550; Zonaras, XVII, 22-24; Glycas, 595; Ephr., 3120; Psellus, p. 129 sq.; Chronique de Nestor, p. 131. Sur l'origine du mot 'Ρῶς dans le mot ταρασσύθαι, on cite souvent Léon Diacre qui, *Hist.*, IV, 6, écrit : ... τοὺς Ταρασσύθας... οὓς ἡ κοινὴ διάλεκτος 'Ρῶς ἔτιωθεν ὀνομάζειν. Cf. Vasiljev, *Byzant. Zeitschrift*, XXII, p. 501 sq., dans le compte rendu du livre récent de Bury : *A History of the Eastern Roman Empire from the fall of Irene to the accession of Basile I*, sur la page 112, n. 1 de cet ouvrage.

(4) V. Schlumberger, *op. cit.*, p. 470.

(5) Mich. Att., *Hist.*, p. 43.

(6) Lupus Protospatharius, 1046 (dans les *Monumenta Germ. historicæ, scriptores*, V, 51, p. 58).

Léon Tornikios (le Tornig de Mathieu d'Edesse (1), le Tornibey de l'Anonyme de Bari) appartenait à une famille princière d'Arménie. Les Tornikioi entrent dans l'histoire de Byzance au temps de Romain Lacapène (2). Léon Tornikios était parent par les femmes de Constantin Monomaque (3). Mal vu du Basileus qui avait deviné son ambition, bien vu, trop bien vu de la princesse Euprèpia, l'une des sœurs de Constantin (4), il fut forcé d'endosser la robe de moine (5). A la fin, ne recevant que des dégoûts de la Cour, encouragé par un capitaine de valeur Jean Batalzès (6) il se décide à la révolte. Le 14 septembre 1047, jour de la fête de l'Exaltation de la Croix, il s'enfuit de Constantinople et rejoint l'armée de Macédoine qu'il sait irritée contre le gouvernement de Constantin trop peu favorable aux militaires (7). Léon Tornikios est proclamé empereur le 19 septembre, et aussitôt commence la marche sur la capitale. L'armée rebelle s'avance à travers la Thrace, pillant tout sur son passage (8). Le 25 septembre

(1) V. Psellus, *Hist.*, p. 133 sq.; Mich. Att., *Hist.*, 23-30; Cédreus, 561 sq.; Zonaras, XVII, 23; Manassès, 6310 sq.; Ephraemius, 3115 sq.; cf. Schütte, *op. cit.*, *sup.*, p. 9, n. 2, Schlumberger, *op. cit.*, p. 498-528; Lampros, *op. cit.*, V, p. 332-336.

(2) Cf. Gröner, *Byzantinische Geschichte*, III, 1877, p. 373; Paparrigopoulos, *op. cit.*, IV, p. 286.

(3) Psellus, *Hist.*, p. 133 : ... τῷ αὐτοκράτορι τούτῳ ἐξανηβώς τις ἐκ μητρικῆς ἐγγόνει βίβης, τὸ μὲν ὄνομα Λέων, τὸ δὲ γένος Τορνίκιος.

(4) L'Empereur avait deux sœurs, Hélène et Euprèpia. Hélène ne comptait pas. Sur Euprèpia (γυναικῶν ἀπασῶν ὣν ἐγὼ τελέαμι σταθροτάτην τε οὖσαν), et sur son goût pour Tornikios (τοῦτον ἐκείνη ἐδῆξτοῦτο καὶ φίλτατον εἶχε), on lira Psellus, *Hist.*, C et sq.

(5) Il était alors en Ibérie; on le fit revenir à Constantinople, où Constantin se moqua de lui. Seule Euprèpia l'accueillit bien et l'embrassa. Psellus note qu'elle avait, pour expliquer ce tendre accueil, un motif irréprochable : la parenté.

(6) Psellus, *Hist.*, CXXII.

(7) Neumann, *op. cit.*, p. 78 et s., a fait de justes et pénétrantes remarques sur la prédominance de la bureaucratie et sur sa jalousie contre l'élément militaire au XI^e siècle sous Michel V, Constantin IX, Constantin X, et aussi sur les conséquences fâcheuses qui s'ensuivirent.

(8) Attal., *Hist.*, p. 23 : ἐδῆοντο δὲ καὶ τὰ προστυχόντα καὶ διηρηζόντο.

elle apparaît devant les murs de la ville gardée de Dieu. Jamais, écrit Psellus (1), jamais, de mémoire d'homme, un prétendant n'avait encore osé faire le siège de Constantinople. Le péril pour Constantin était extrême, car les troupes fidèles étaient au loin, en Arménie. A peine pouvait-on disposer d'un millier de soldats de la garde. En outre Constantin était très souffrant, et le bruit courait qu'il était mort (2). Mais il ne perdit pas courage. Pour bien montrer qu'il vivait encore, il s'installa — ἐσθῆτι βασιλικῇ κοσμηθεὶς — au palais des Blachernes dans un pavillon d'où tout le monde pouvait l'apercevoir. Secondé par son premier ministre Lichudès, par Argyre catépan d'Italie, par Psellus (3), il organisa la résistance. Tornikios, soit pour ménager les habitants, soit parce qu'il n'avait pas encore de soldats et de machines de siège en nombre suffisant pour s'emparer de l'immense cité, Tornikios ne tenta pas, en temps utile, l'attaque générale. Un jour la panique fut telle dans la ville qu'il eût pu entrer sans coup férir. Il hésita, et l'occasion perdue ne se représenta plus. Au bout d'une semaine, découragé, il se retira avec son armée sur Arkadiopolis, laissant aux troupes d'Asie et aux contingents bulgares le temps d'arriver (4). Constantin était sauvé. Bientôt les insurgés se soumirent. Tornikios et Batatzès se réfugièrent dans

On lira aussi les §§ 25 et 26 du discours d'actions de grâce de Jean Euchaïte, éd. Lagarde, n° 186, p. 183 et sq.

(1) *Hist.*, p. 138 : ἐγὼ γοῦν καὶ στρατιωτῶν αὐτῶν καὶ πρεσβυτέρων ἀνδρῶν ἐνίων ἀκήκοα ὥς οὐδεὶς ποτέ τῶν τυραννευσάντων εἰς τοῦτο τόλμης ἐλήλυθεν, ὥστε καὶ μηχανήματα πρὸ τῆς πόλεως στήσαι παρασκευάζεσθαι καὶ τόξα τείνειν ἐπὶ τὰς ἐπάλξεις, τὴν πᾶσαν περιβολὴν τῶν τειγῶν ἔξωθεν στρατῷ περιζωννύων.

(2) Cf. Psell., *Hist.*, p. 137 sq.

(3) Psellus, *op cit.*, p. 140 : εἰστήκειν δ' ἐγὼ πλησίον αὐτοῦ (c'est-à-dire le Basileus) τὰ μὲν ἐν θεινῇ τῶν λεγομένων ποιούμενος, τὰ δὲ λόγοις παραμυθούμενος....

(4) Psellus, *Hist.*, p. 145 : ὁ δὲ γε αὐτοκράτωρ καὶ τὰς δυνάμεις ἐκ τῆς ἐφ' αὐτῷ ἀνακαλεῖται, καὶ, ἐπειδὴ τάχιστα ἐπανελήλυθσαν, κατὰ τῶν ἐσπερίων ὁμοῦ καὶ βαρδάρων ἀρίστην.

une église à Bulgrophygon (Kulélou). L'asile ne fut pas respecté. Le soir de Noël on leur creva les yeux (1).

En 1048 les bandes Seldjoukides ne cessent de ravager l'Arménie (2). Le catapan Étienne Lichudès, fils du premier ministre, est pris par elles et écorché vif. Les Turcs s'emparent de la grande ville d'Arzen (Erzeroum) et, bientôt après, infligent aux armées impériales, à Gaboudron, une sanglante défaite (3).

La même année, l'Empire grec avait à repousser en Europe un redoutable envahisseur. Les Petchnègues (Patzinaces)(4), irrités de l'accueil fait à Kégenis en révolte contre leur Khan Tyrach, se jetèrent sur la Bulgarie. Ils furent vaincus. Mais on eut la malheureuse idée de les employer contre les Turcs. Transportés en Asie, les Petchnègues n'y restèrent pas. Ils trouvèrent le moyen de revenir en Europe, reformèrent une armée à Triaditza (Sofia), et se mirent à ravager les terres de l'Empire, sans que le Domestique des Scholes pût, en 1049, les arrêter. Pendant cinq années, il fut impossible de se débarrasser de ces terribles pillards. Tous les généraux envoyés contre eux se faisaient battre (5). Constantin Monomaque n'avait plus qu'un an à vivre, quand, à la fin de 1053, l'horrible guerre prit fin.

(1) Cf. Psellus, *Hist.*, p. 146; Mich. Att., *Hist.*, p. 28; Cédreus, 566; Zonaras, XVII, 23.

(2) L'empereur avait commis la faute de remplacer l'obligation au service militaire des Ibériens par une imposition militaire. Cf. Cédreus, 608 : κατέλυσε δὲ καὶ τὸν Ἰβηρικὸν στρατὸν... καὶ ἀντὶ στρατιωτῶν φόρους πολλοὺς ἐπορεύετο ἀπὸ τῶν χωρίων ἐκείνων. C'était dégarnir la frontière; c'était aussi augmenter — chose grave — l'importance des mercenaires. Cf. Neumann, *op. cit.*, p. 72.

(3) Cf. Schlumberger, *op. cit.*, p. 556 sq.

(4) V. Cédreus, 584 sq.; Zonaras, XVII, 26; Mich. Att., *Hist.*, p. 32 sq., Glycas, 597. Cf. Schlumberger, *op. cit.*, p. 564-594.

(5) Michel Attaleiate, *Hist.*, p. 43, dit que Constantin acheta la paix : ... σπονδαῖς τὸν πόλεμον καταθέμενος συναγωγῆν ἤρξατο τὰς εὐνοίας αὐτῶν, καὶ τοῖς Ῥωμαίοις δώροισι καὶ ἀξιώμασι καταμαλάττειν τὸ βυζαντινὸν αὐτῶν καὶ ἀτάσθαλον ἔθνος.



Le rédacteur de la *Meditatio de nudis pactis* pouvait donc, sans rien exagérer, parler de la misère des temps sous le règne de Constantin Monomaque (1).

Précisons encore plus :

On n'a pas oublié que c'est dans la capitale que s'ins-
truit l'affaire à l'occasion de laquelle la *Meditatio* est
écrite. Demandons-nous donc en quelle année du règne
de Constantin la situation fut la plus angoissante pour
l'empereur et les habitants de la capitale. Est-ce lors
de l'approche des Russes en 1043? Est-ce lors de la
révolte de Tornikios en 1047? Est-ce enfin lors de
l'agression des Petchnègues de 1048 à 1053? Hésiter est
permis. Nous pensons qu'il faut se décider pour le temps
de la révolte de Tornikios, c'est-à-dire pour la fin de
l'année 1047. Quand notre auteur écrit, il croit encore
entendre les clameurs des assiégeants, il a encore les
yeux pleins d'effrayantes visions; aussi n'a-t-il plus la
moindre ambition (2), il pense au juge suprême, à la jus-
tice divine (3), et seul le zèle qui l'anime pour le droit
le porte à soutenir une discussion juridique (4).

Il reste à savoir quel jurisconsulte vivant sous Cons-
tantin Monomaque (5) a pu rédiger la *Meditatio*, et quel

(1) Dans la Nouvelle *περὶ τοῦ νομοφύλακος*, § 6, l'empereur vante la paix
dont l'Empire jouit : εἰρηνεύει τὸ ὑπάρχον, πολλή δὲ γαλήνη τὰ Ῥωμαίων
κατέχει. C'est vrai, ou à peu près, pour l'année 1045, mais combien loin
de la vérité pour les autres années du règne!

(2) Pr., 1 : τὸ δὲ φιλότιμον ἢ στένωσις καταλέλυκε τῶν καιρῶν.

(3) III, 3.

(4) Pr., 1.

(5) Cf. *suprà*, p. 718, n. 3. Ch.-Guill. Heimbach avait, en 1825, *De Basili-
corum origine, fontibus, hodierna conditione*, soutenu que l'auteur de la
Meditatio était Constantin de Nicée (*videtur hujus meditationis auctor
mihi esse Constantinus Nicaenus*), lequel vécut sous Michel Ducas. L'erreur
d'Heimbach avait une double cause : d'une part, Constantin de Nicée ap-
pelle Stéphane ὁ διδάσκαλος ἡμῶν, *Bas.*, II, p. 576; d'autre part, Asse-
mani, *Biblioth. juris Orientalis*, lib. II, ch. 20, p. 421, soutenait qu'un

est l'important personnage qui lui a opposé une contradiction obstinée.

Notre texte fournit quelques indications, à la vérité ni assez nombreuses, ni assez précises, mais qui pourtant méritent une grande attention.

1° Le rédacteur débute par une profession d'honnêteté et de désintéressement. Il n'est aux gages de personne. Ce n'est point la malveillance qui l'incite à parler, ni l'envie. Ce n'est pas non plus l'ambition, car la misère des temps ne le permet pas (1). Le lecteur ne peut se tenir de demander pourquoi ces déclarations. Pourquoi notre auteur insiste-t-il sur son honnêteté si elle n'a pas été attaquée? Pourquoi proteste-t-il contre tout soupçon de malveillance ou d'ambition, si son impartialité n'a pas été discutée, si son ambition n'a pas été blâmée? Et quand il nous révèle son dessein de mener désormais une vie modeste et qui sera toute à Dieu (2), n'est-ce pas une manière d'annoncer ses projets de retraite, et son désir de renoncer un jour au siècle pour entrer dans un monastère?

2° Notre auteur se vante d'apprendre à qui l'ignore la classification des pactes (3). Ici apparaît le pli professionnel. Nous avons affaire à quelqu'un qui divise méthodiquement sa matière, cite les auteurs, fournit des exemples, interpelle l'auditeur pour mieux forcer son attention. C'est assurément un homme qui a donné beaucoup de leçons de droit et qui est fort enclin à en donner encore.

juriste du nom de Stéphane avait vécu sous Alexis I Comnène. Ch.-G. Heimbach avait pris à la lettre les mots *ὁ διδασκαλὸς ἡμῶν* et vu, dans le Stéphane du temps d'Alexis, le Nomothète dont parle la *Meditatio* : mais il reconnut plus tard son erreur, V. *Bas.*, VI, p. 200. Il n'y a pas eu de Stéphane juriste sous Alexis, et si Constantin de Nicée appelle le Stéphane du vi^e siècle son maître, c'est parce qu'il en a beaucoup utilisé les écrits.

(1) I, 1.

(2) I, 1 : τῶν σεμνῶν καὶ θεοφιλῶν ζῆν ἡσυχάζοντων.

(3) Pr., 2; IV, pr.

3° Rien de plus curieux que les railleries entremêlées d'objurgations à l'adresse du juge contradicteur. C'est un brave homme, c'est un ami (1), en tout cas c'est une personne que notre auteur connaît bien et de longue date et qu'il peut traiter d'égal à égal, bien que cette personne soit parvenue au faite des honneurs (2). C'est un homme de bien, excellent sans aucun doute, d'ailleurs le plus subtil des philosophes (3), mais qui n'est pourtant pas à l'abri de tout reproche (4). Son insolence intellectuelle fait peu de cas de l'opinion d'autrui, il ricane quand on parle (5), critique ce qui n'est pas critiquable, se donne des airs de législateur omniscient, apporte des interprétations qui sont le produit d'une imagination qu'on ne sait comment qualifier (6). Il est mal disposé envers les lois qui l'ont rendu illustre, qui l'ont porté au plus haut degré de gloire et de bonheur (7). Et, brochant sur le tout, notre auteur insinue que son adversaire, qui écrit intrépidement sur toute chose, est bien loin de tout savoir (8). Dans une phrase moqueuse et vraiment byzantine par sa subtilité, il le conjure « de ne pas punir comme des coupables ces lois qui l'ont montré coupable » (9). Ce qui ne peut pas évidemment signifier que le juge contradicteur a été frappé par les lois, — s'il en était ainsi on ne le compterait pas au nombre des membres du haut tribunal, — mais ce qui veut dire que l'on ne doit pas écarter comme des coupables (10) les compilations anciennes parce qu'un juge ignorant ou

(1) VI, pr., 2.

(2) VI, 4.

(3) III, pr.

(4) III, 5.

(5) III, 2.

(6) Pr. et 2; VI, pr.; III, 2.

(7) VI, 4.

(8) VII, 19.

(9) VI, 5.

(10) Cf. VI, 3.

partial s'est montré coupable de les ignorer. En parlant de la sorte, notre auteur rendait simplement raillerie pour raillerie. Mais on se souvient qu'il avait auparavant singulièrement élevé le ton et le débat, mis à nu son âme religieuse et ses tendances mystiques, en adjurant son contradicteur de ne pas oublier le juge suprême auquel on rend compte de tout, en rappelant que l'individu le plus vain de sa sagesse et de sa justice, s'il n'observe les divins commandements, ne connaît ni la vraie sagesse ni la justice véritable (1).

4° Enfin, dans la personnification des lois innocentes et bienfaitrices (2), on ne peut se refuser à reconnaître un direct souvenir de la célèbre prosopopée des lois qu'on lit dans le Criton (3). Notre auteur est donc un homme cultivé, et son adversaire un philosophe, un subtil philosophe, qui est à ce point féru des belles imaginations platoniciennes qu'on est certain, quand il veut distinguer entre les lois, rejeter celles-ci, admettre celles-là, de l'embarrasser en lui rappelant quelle vénération et quelle obéissance Platon réclamait pour toutes les lois de la cité.



Le problème est donc celui-ci : trouver deux hommes dont la vie, pour autant que nous la connaissons, s'accorde avec les indications fournies ci-dessus, deux hommes jurisconsultes et philosophes, unis d'abord, peu à peu divisés, parvenus tous deux aux grandes charges de l'empire, l'un surtout connu comme juriste, juriste également versé dans le vieux droit et le droit récent, mais inclinant comme philosophe vers Aristote, l'autre polygraphe omniscient, très attaché en philosophie aux enseignements de Platon et de l'ancienne Académie. Or,

(1) III, 3.

(2) VI, 3, 4. 5.

(3) Chap. XI-XVII, spécialement le chap. XIII.

parmi les hommes remarquables qui furent les ministres ou les conseillers intimes de Constantin Monomaque, il faut, avant tout, citer Constantin Lichoudès, Xiphilin, Psellus, Mauropus, Michel Cérulaire (1). Esquissons rapidement leur biographie.

Constantin Lichudès (2) est mort patriarche de Constantinople, et nous avons encore l'ἔγκωμιον que Psellus lui a consacré (3). Il entra au Sénat sous Michel le Paphlagonien et devint premier ministre sous Michel le Calfat. Pendant la première moitié du règne de Constantin Monomaque il occupe la même fonction (4). L'Empereur, dit Psellus (5), considérant la royauté comme un port où l'on trouve le calme, abandonne à Lichudès l'exercice du pouvoir. Ce premier ministre était d'ailleurs un administrateur habile, un légiste consommé, un homme qui savait parler et qui savait agir. C'est lui, sans doute, qui conseilla à Constantin de choisir ses fonctionnaires non parmi les plus nobles, mais parmi les plus méritants, et qui fit entrer Psellus, en 1043, à la Chancellerie impériale. On peut croire qu'il contribua de toute son influence à la fondation de la faculté de droit.

Mais son esprit d'économie, sa franchise de langage, que Psellus lui conseillait en vain d'atténuer (6), à la longue, lassèrent l'empereur (7). Il dut abandonner le minis-

(1) Il faut laisser de côté Jean Logothète, successeur de Constantin Lichudès, Voir note 7; car, dit Zonaras, XVII, 28 (B., III, p. 650), ce personnage était d'une ignorance telle qu'il ne pouvait ni parler ni écrire correctement.

(2) Cf. Sathas, prologue du tome IV de la *Biblioth. gr. medii aevi*, p. xxxvii sq.

(3) Sathas, *op. cit.*, IV, p. 388-421.

(4) Psellus, *Hist.*, p. 169, 170.

(5) Psellus, *Hist.*, *ibid.* : ὁ αὐτοκράτωρ, ὡς ἐκ μακροῦ τοῦ πελάγους εἰς τοὺς βασιλείους λιμένας κατάρας, ἀναπνευστέα τε αὐτῷ ἐδόκει, καὶ ἐφ' ἑτέρῳ προσώπῳ τὴν τοῦ κράτους ποιεῖται διοίκησιν. Cf. Zonaras, XVIII, 5, p. 670.

(6) *Ibid.*, p. 170.

(7) Zonar., *Epit.*, XVIII, 28, éd. B, III, p. 650 : τοιοῦτος δ' ὢν (Lichudès), ὁπνίκα τι παρὰ τὸ καθήκον ἐπέταττεν αὐτῷ ποιῆσαι ὁ βασιλεὺς, οὐκ ἔγν

tère et fut remplacé par l'eunuque Jean le Logothète (1). Réalisant alors un projet concerté entre lui, Xiphilin et Psellus, le projet d'embrasser la vie monastique, Lichudès partit pour l'Olympe de Mysie et se fit moine. Notons que Lichudès, proèdre, protovestiaire, conservateur de Manganès, ne cessa pas d'être entouré de la plus haute considération et d'être employé dans les plus importantes affaires (2). En 1059, il succéda à Michel Cerularius sur le trône patriarcal, élu, dit Scylitzès, par les métropolitains, le clergé et le peuple (3), sans que l'empereur Isaac Comnène, qui le désirait pour patriarche, trouve rien à redire à ce mode de désignation.



Jean Xiphilin (4) était né à Trébizonde, vers 1010, de parents pauvres et pieux. Déjà nourri de bonnes études, il vint, sous le règne de Romain III Argyre, à Constantinople pour y trouver des moyens d'existence. C'est alors qu'il se lia avec Psellus et fit partie d'un groupe de jeunes gens tous remarquablement doués et tous animés pour l'étude d'une vive passion. Dans ce cénacle, Lichudès et

τῇ προαιρέσει τοῦ κρατοῦντος ἐπικλινῆς, ἀλλ' ἀντέλεγέ τε καὶ ἀνεῖργε τοῦ μὴ προσήκοντος. Ὁ δὲ ἐχάλεπαινε καὶ πολλάκις τούτου γινόμενου ἐμηνία τῇ τοῦ ἀνδρός ἐκείνου ἐλευθερίᾳ, καὶ ἵνα τὸ ἀντίξουν ἀποφορτίσαστο, μεθιστά μὲν ἐκείνων τῆς τῶν κοινῶν διοικήσεως (ὁ Λεγούδης ἦν οὗτος), ἀντιστάγει δὲ τὸν Ἰωάννην καὶ τούτῳ τὴν τῶν πολιτικῶν ἐγχειρῆσαι κυβένησιν, ἵνα μὴ πρὸς τινος ἐὼς οἷς ὀρμήσει ἀνείργοιτο.

(1) Gfrörer, *op. cit.*, III, 520, place en 1053 ou 1054 la disgrâce de Lichudès. Nous pensons avec Fischer, *Studien*, p. 18, n. 1, qu'elle eut lieu en 1050.

(2) V. Scylitzès, *Hist.*, B, p. 644. — Lichudès sera encore premier ministre sous Isaac Comnène.

(3) Scylitzès, *ibid.* : παρὰ τῶν μητροπολιτῶν καὶ τοῦ κλήρου καὶ τοῦ λαοῦ παντός. Sur ce texte et le mode de désignation du patriarche, lire d'intéressantes remarques de Fischer, *Studien...*, p. 50-53.

(4) Les brèves indications biographiques qu'on lit dans Mortreuil, III, p. 232, 237, 275; Heimbach, *Encyclopédie de Ersch et Grüber*, 86, p. 388, et *Prolog. Basilicorum*, p. 198, doivent être complétées et corrigées. V. Sathas, *op. cit.*, IV, p. Lxi sq., V, p. xv sq.; Fischer, *Studien*, p. 2 sq.

Xiphilin étaient les juristes; Nicetas Byzantios, le grammairien; Jean Mauropus, le littérateur. Quant à Psellus, d'abord philosophe et rhéteur, puis juriste, il s'intéressait à tout, apprenait tout, retenait tout. C'est avec Psellus que Xiphilin entretint les rapports les plus étroits: Psellus apprenait à Xiphilin la philosophie et il en recevait des leçons de droit. — Tant d'efforts obtinrent leur récompense. Après quelques années de judicature, Xiphilin est appelé à diriger la Faculté de droit que venait de fonder Constantin Monomaque (1). Dans quel esprit fut donné l'enseignement de Xiphilin, c'est ce que nous savons par Psellus. « Xiphilin, nous dit-il, était familier avec le vieux droit comme avec le droit récent (2). Il recherchait d'abord les sources anciennes, remontant aux plus hautes, aux plus pures, d'où, comme un fleuve, s'écoule le droit » (3). Et se souvenant de ses maîtres, les néo-platoniciens, Psellus ajoute : « De même que les philosophes,

(1) Dans les œuvres de Jean Euchaïte (éd. Lagarde, 1882, p. 195), se trouve la Novelle de Constantin IX qui fonda ou plutôt rétablit l'ancienne école de droit de Constantinople, si florissante au temps de Justinien. La Novelle a depuis été publiée avec traduction latine par Cozza-Luizi, d'après les papiers d'Angelo Mai, dans les *Studi e documenti di diritto e storia*, 1884, et par Cont. Ferrini, dans l'*Archivio Giuridico*, XXXIII, p. 420-443. On s'accorde à en placer la date en 1045. V. Fischer, *op. cit.*, p. 12, n. 10. Cf. Michel Attal, *Hist.*, p. 21. Cette Novelle est d'un haut intérêt tant pour les idées qu'elle exprime sur le rôle, les droits, les devoirs des Basileis que pour les renseignements de toute sorte qu'elle donne sur l'enseignement juridique et les hommes de loi. — On remarquera l'obligation imposée au directeur de l'école (titré nomophylax) de connaître deux langues (ἐκατέραν δὲ γλῶσσαν σὺν ἀκριβοῦς πάσῃ προίεται, τὴν ἑλληνικὴν λέγω ταύτην καὶ τὴν ὄσσην ῥωμαϊκὴν...). On notera aussi la promesse impériale de choisir, *in honoribus adsignandis*, les hommes de talent, promesse qui caractérise la réaction antiaristocratique du règne de Constantin IX. On observera, enfin, que la renaissance des études de droit provoquée par la fondation de l'École, explique bien l'abondance des manuscrits juridiques du XI^e siècle.

(2) Sathas, *op. cit.*, IV (oraison funèbre de Xiphilin), p. 428 : Ἐκεῖνος γοῦν ἐπειδὴ τοῦ νομοῦ ἐπεθεθήκει ἄζονος, καὶ τὸ πλῆθος ἐγνώκει τῆς νομικῆς ἐπιστήμης, καὶ ὡς τὸ μὲν ἀρχαῖον, τὸ δὲ νεώτερον....

(3) Sathas, *ibid.*, p. 453 : Ἐπεὶ γὰρ τὰ πρῶτα νόμοις ὁμιλήσεις τὰς πρεσβυτέρας ἐζήτει πηγὰς καὶ τὰς ἔτι ταύτας ἐπαναθεσχυρίας ἀφ' ὧν οὗτοι ποταμηδὸν ἐξεγύθησαν.

recherchant le premier principe, vont, par des processions successives, à ce qu'il y a de plus élevé, à l'*Un* qui est toute chose et au-dessus de toute chose, de même Xiphilin déduisait les lois des lois... tantôt admettant des divisions multiples, et tantôt réduisant les divisions, à l'exemple d'Aristote *περὶ τοὺς ἀνέμους*, qui, ayant admis autant de vents que de régions du ciel, en ramena le nombre à quatre, puis à deux, suivant l'exemple d'Hippocrate de Cos » (1). Enfin Psellus nous vante encore chez Xiphilin la beauté, la force persuasive d'une parole qui, à l'opposé de la *λαμπρόφωνία* à la mode, savait tout dire et restait claire et simple (2).

Ce fut, peut-être, à l'occasion de la fondation de la Faculté de droit que les liens d'amitié qui unissaient Xiphilin et Psellus commencèrent à se relâcher. Le projet de fonder une grande école avait souri à tout le monde, mais on s'était divisé sur la nature de l'enseignement à donner. Devait-on choisir la philosophie et la rhétorique, ou se décider pour l'enseignement du droit? Les défenseurs des études juridiques se groupaient autour de Xiphilin. Autour de Psellus se rangeaient les philosophes et la troupe stérile des rhéteurs (3). Xiphilin et Psellus sont maintenant adversaires (4). On les connaîtrait mal si l'on pensait que cette première lutte les laissa sans rancune l'un contre l'autre. Ce conflit, d'ailleurs, se termina le mieux du monde. Constantin Monomaque créa deux Facultés (5) : une Faculté de philosophie et

(1) *Ibid.* (oraison funèbre de Xiphilin), IV, p. 454.

(2) *Ibid.*, IV, p. 432, et Apologie contre Ophrydas, IV, p. 187. Cf. Const. *περὶ τοῦ νομοφύλακος*, § 8, 18, 20.

(3) *Ibid.*, IV, p. 433; Jean Euchaïte, p. 67. Cf. Fischer, *op. cit.*, p. 13 et 14.

(4) Sathas, IV, p. XLIX : καὶ αὐτοὶ δὲ οἱ δύο φίλοι τότε πρῶτον διαίρεθέντες....

(5) Mich. Attaleiates, *Hist.*, p. 21 : μουσεῖον τῆς νομοθετικῆς ἀναγείρας καὶ νομοφύλακα προσητάμενος, ἀλλὰ καὶ τοῦ τῆς φιλοσοφίας οὐρανοδόμονος ἐπεμελήθη μαθήματος, πρύταρον τῶν φιλοσοφῶν προχειρισάμενος....

rhétorique, dont Psellus fut le chef (1), et une Faculté de droit (2), à la tête de laquelle il plaça Xiphilin avec le titre de nomophylax et rang au Sénat et à la Cour après l'ἐπὶ τῶν κρίσεων (3).

Xiphilin était encore nomophylax quand les intrigues de Michel Cérulaire aboutirent, malgré l'empereur, à la séparation des Églises. Xiphilin et Psellus n'auraient point voulu de la séparation (4). Le patriarche et son parti ne pardonnèrent pas cette opposition. En outre, l'envie qu'excitait la haute faveur des deux ministres ne désarma pas. Ce fut contre eux un concert d'accusations que les tribunaux repoussèrent (5). Alors, à la guerre ouverte succéda la guerre clandestine. Des ennemis ingénieux propageaient toutes sortes de rumeurs malveillantes, notamment le juge Ophrydas (6), que Psellus, rarement à court d'épithètes désobligeantes, appelle un petit vieux idiot : τὸ ἀνόητον ἐκεῖνο γερόντιον (7). Xiphilin et Psellus comprirent qu'il était temps, pour eux, de quitter la Cour. Xiphilin prétexta l'état de sa santé, et, malgré Constantin, qui insistait poliment pour qu'il restât et qui l'appelait sa main droite (8), il se retira en 1054.

(1) C'est la σχολή τοῦ ἁγίου Πέτρου. V. Sathas, V, p. 87.

(2) La Faculté de droit fut installée dans des bâtiments annexes de l'église de Saint-Georges. Son nom officiel était : διδασκαλεῖον τῶν νόμων. V. Nouvelle περὶ τοῦ νομοφύλακος, § 10.

(3) Cf. *Ibid.*, § 11 : καὶ ἐναριθμῆσεται μὲν τοῖς μεγαλοδόξοις συγκλητικοῖς, ἔξει δὲ καὶ καθέδραν εὐθὺς μετὰ τὸν ἐπὶ τῶν κρίσεων. Cf. *suprà*, p. 336, n. 2. Xiphilin cumulera plus tard le titre de Nomophylax et celui d'ἐπὶ τῶν κρίσεων. V. Sathas, IV, p. LV, n. 2.

(4) Fischer, *op. cit.*, p. 18.

(5) V. les citations à l'appui dans Fischer, *op. cit.*, p. 19.

(6) Cf. *suprà*, p. 297, n. 2.

(7) Sathas, V, p. 182, *in fine*. L'apologie ὑπὲρ τοῦ Νομοφύλακος κατὰ τοῦ Ὀφρυδά est tout entière dans Sathas, V, p. 181-196. Cette apologie n'est pas une plaidoirie, mais un discours académique (V. p. 190 : εἰ μὴ φωρτικός ὑμῖν, ὦ νέοι). La remarque est de Fischer, *op. cit.*, p. 19, n. 6, qui observe également que le juge Ophrydas était mort quand l'apologie fut prononcée. Sathas a tout à fait raison de dire, V. *Prol.*, p. 16, que cette apologie n'est qu'un tissu de grossièretés.

(8) Sathas, IV, p. 438.

et devint moine dans un monastère du mont Olympe. Psellus, plus goûté du basileus et plus attaché aux honneurs, resta encore quelque temps.

Au mont Olympe, l'action de Xiphilin se fit bientôt sentir. Il inspira aux moines qui l'entouraient, avec l'amour de la théologie et de la philosophie d'Aristote, le goût des spéculations chaldéennes. Le juriste d'autrefois devint un théologien fanatique avec lequel Psellus, qui l'avait enfin rejoint, ne parvint plus à s'entendre. Le moine Psellus n'était ni pour Aristote, ni pour la vie ascétique. Aussi abandonna-t-il peu après et l'Olympe et son ancien ami. Xiphilin, au contraire, resta neuf années dans son monastère et ne le quitta, en 1063, que pour devenir, à son corps défendant, patriarche de Constantinople (1). Il fut un patriarche appliqué à ses devoirs et charitable, mais austère et sévère et pénétré à l'excès de ses droits. Jadis, il avait enseigné la loi civile, maintenant il se fait professeur d'Écriture sainte. Et comme il avait élaboré dans les loisirs silencieux de l'Olympe un système théologico-philosophique tout imprégné d'Aristote et de ce chaldéisme odieux à Psellus, le discord entre les anciens amis s'échauffe et s'aigrit.



Quand Constantin X Dukas se sentit mourir, il confia à Xiphilin, outre l'écrit dans lequel les sénateurs avaient promis fidélité à son fils Michel, l'écrit dans lequel l'impératrice Eudoxie s'était engagée à ne point se remarier. La rusée Basilissa fit savoir à Xiphilin qu'elle voulait

(1) Xiphilin fut consacré le 2 janvier 1064. Il succédait à Lichudès. Psellus se vante d'avoir dirigé le choix de l'empereur alors régnant, Constantin Dukas; mais, écrit Fischer, p. 24, n. 7, « cela n'est pas croyable, car premièrement, Psellus et Xiphilin s'étaient séparés ennemis, au mont Olympe; ensuite la conduite de Xiphilin, patriarche envers Psellus, contredit à cette affirmation, à moins d'admettre que Xiphilin n'eût pas au cœur une étincelle de reconnaissance ».

épouser Bardas, frère de celui-ci, et obtint du patriarche et des grands l'annulation de son engagement (1). Une fois libre, elle épousa Romain Diogène, dont on sait la fin tragique. Xiphilin survécut à Romain Diogène, et mourut seulement le 2 août 1075. Michel d'Attalie a fait en quelques lignes un juste éloge de ce célèbre patriarche : « C'était un homme sage, parvenu au faite du savoir, illustre *in rebus civilibus*, vertueux à ce point que, se plaisant à la Cour et investi des plus hautes charges, il embrassa, à la fleur de l'âge, la vie monastique pour mener à l'Olympe la vie d'anachorète. Aussi, quand le patriarche (Constantin Lichudès) mourut, on ne trouva, après de longues recherches, personne qui fût plus digne que Xiphilin d'occuper le trône patriarcal, et, malgré ses refus, il devint patriarche œcuménique et fut la lumière de la Grande Église » (2).



Michel Cérulaire (3) avait pour père un haut fonctionnaire, garde du Trésor, et pour mère une femme « qui ne vivait que pour Dieu et son mari » (4). Dès l'enfance, il montra des dispositions pour la philosophie et la dialectique, tandis que son frère révélait une nature de poète. Tous deux entrèrent dans une conjuration contre Michel IV. Le complot découvert, Michel Cérulaire, qui avait eu l'idée de se faire empereur, fut déporté et mis au cachot. Le gouvernement voulait le forcer ainsi à se faire moine. Il résista d'abord, mais après le décès de son frère,

(1) Scylitzès, B, p. 665; Zonaras, XVIII, 10, B, p. 685. Cf. Lebeau, *op. cit.*, XIV, p. 464; Gfrörer, *op. cit.*, III, p. 699; Diehl, *op. cit.*, I, p. 523.

(2) Mich. Attal., *Hist.*, p. 92.

(3) Sur Michel Cérulaire, on consultera : Hergenröther, *Photius, Patriarch von Constantinopel, sein Leben, seine Schriften und das griechische Schisma*, 1869, III, p. 730-789; Brehier, *Le schisme oriental du XI^e siècle*, 1899, et la bibliographie contenue dans cet ouvrage.

(4) V. Psellus, *Panegyrique de Michel Cérulaire* dans Sathas, IV, p. 307 : ἐπὶ γὰρ τῷ θεῷ ζῶσα καὶ τῷ ἀνδρὶ.

qu'il aimait tendrement, par désespoir, il céda. Sous Constantin Monomaque, il fut très en faveur. Le basileus voulait qu'il habitât avec lui, mangeât à sa table (1). Constantin lui confiait « les affaires divines et humaines ; il était le lien entre les choses les plus disparates » (2). De simple moine, il devint évêque et syncelle de l'Église patriarcale. En 1042, il succéda, l'empereur le voulant, au patriarche Alexis. Son élection (3) eut lieu à la suite de négociations laborieuses, et, s'il faut en croire Psellus, d'actes de corruption et d'intrigues inavouables (4). Ce fut un pontife austère et autoritaire (5), versé dans la théologie et les sciences occultes, un ami fidèle, un ennemi implacable. Le peuple l'aimait, et il exerça sur tous et sur toutes choses une grande influence. On sait assez qu'il provoqua la rupture des deux Églises. Le 15 juillet 1054 les légats du pape l'excommunièrent, lui et ses adhérents. La scission devint définitive par l'arrêt du haut tribunal patriarcal rendu le 20 juillet et par l'anathème publié le 25 (6).

Quand Michel VI abdiqua, Michel Cérulaire fut le véritable maître de Constantinople et peut-être favorisa-t-il,

(1) Psellus, *ibid.*, p. 324.

(2) *Ibid.*, p. 325 : Ἐπεὶ δὲ ἐγνώκει τοῦτον μέτοχον ἅμα τῶν τε θεοτέρων καὶ τῶν ἀνθρωπίνων, ἐκαστέροις ἐφίστησι, καὶ δεσμὸν αὐτὸν ποιεῖται τῶν διειστότων καὶ δι' αὐτοῦ ἀμφοῖν ὁμιλεῖ.

(3) Fischer, *Studien...*, p. 50 : Die Wähler wählten Cerularius, obgleich man ihn am allerwenigsten im Auge gehabt hatte.

(4) V. Bréhier, *op. cit.*, p. 66 sq. On ne sait quelles sont ces intrigues. Peut-être Michel avait-il laissé l'empereur piller le trésor patriarcal ; peut-être avait-il consenti à l'abandon de certains droits patriarcaux dont Michel obtiendra plus tard le rétablissement d'Isaac Comnène. V. Michel Attal., *op. cit.*, p. 60.

(5) Psellus lui reprochait plaisamment de décider de tout comme s'il eût possédé les tablettes de Jupiter. Voir dans Sathas, V, p. 507, la lettre au patriarche Michel Cérulaire.

(6) V. Bréhier, *op. cit.*, p. 113-125 ; Paparrigopoulos, *op. cit.*, IV, p. 321 et s. ; W. Norden, *Das Papsttum und Byzanz*, 1903, p. 23-31 ; et la *Commemoratio brevis rerum a legatis apostolicæ sedis Constantinopolitani gestarum* (par le cardinal Humbert ?) dans Labbe, *Concilia*, IX, p. 991 ; Migne, P. L., CXLIII.

— en tout cas il ne fit rien pour empêcher — les massacres du 30 août 1057 (1). Le lendemain, Isaac Comnène entra à Constantinople et récompensait le patriarche en lui abandonnant tout contrôle sur le temporel et le personnel de Sainte-Sophie (2). Que Michel Cérulaire ait eu, alors, l'idée de subordonner le pouvoir impérial au sien, de transformer l'autocratie en théocratie, Psellus et Scylitzès semblent le dire (3). Quoi qu'il en soit, Isaac Comnène crut bientôt nécessaire à sa sûreté de faire arrêter par ses Varanges l'ambitieux patriarche. Michel fut transporté à Proconèse dans l'île d'Imbros, puis de là dans une ville du continent, pour y être jugé par un synode d'évêques et quelques hauts fonctionnaires. Psellus, qui était toujours du côté du plus fort, se chargea du rôle d'accusateur. Nous possédons encore le réquisitoire qu'il avait préparé (4). Tout cet appareil judiciaire fut inutile. Le navire qui transportait Michel dut, par suite du mauvais temps, relâcher dans le port de Madyte. C'est là que la mort frappa le patriarche. Son corps fut ramené à Constantinople et enseveli au monastère des Saints Anges. Les Byzantins oublièrent vite ses

(1) V. dans Brehier, *op. cit.*, p. 261, des fragments de la κατηγορία τοῦ ἀρχιερέως. Psellus accuse formellement le patriarche d'avoir ordonné les massacres : Φόνου γὰρ αὐτοῦ αἰτίαν ἐπάγομεν κτλ.

(2) Le texte de Michel Attaleiates, *op. cit.*, p. 60, mérite d'être cité : Τὰ τοῖς βασιλικοῖς δικαίοις προσόντα παρὰ τῶν ἱερατικῶν δίκαια τῇ μεγάλῃ ἐκκλησίᾳ καθιεροῖ, καὶ τούτων ἄλλοις παντάπασιν τὸ παλάτιον, ὥστε μήτ' ἐπὶ τῆς οἰκονομίας μήτε τῆς τῶν ἱερῶν κειμηλίων προνοίας καὶ προστασίας παρὰ βασιλέως τινὰ προχειρίζεσθαι, ἀλλὰ τῆς τοῦ πατριάρχου ἐξουσίας ἡρτῆσθαι καὶ τὴν προχειρίσιν τῶν προσώπων καὶ τὴν τῶν πραγμάτων διοίκησιν.

(3) Scylitzès, B, p. 643. Le patriarche se mit à porter des brodequins de pourpre. Il soutenait qu'entre le sacerdoce et l'empire il y avait peu de différence, et même que le sacerdoce était plus que l'empire (τό πλέον τάχα καὶ ἐρίτιμον).

(4) Bibl. nat., ms. gr. 1182, p. 132-149. Brehier, *op. cit.*, p. 297, énumère les chefs d'accusation : impiété, tyrannie, meurtre, sacrilège, indignité. C'est surtout le goût du patriarche pour le chaldéisme qui lui valait l'accusation d'ασέβεια.

intrigues et son orgueil pour ne voir en lui que le champion persécuté de l'orthodoxie, et quand la nièce de Michel Cérulaire fut devenue impératrice, Psellus se fit l'impudent apologiste de celui qu'il avait accusé(1).



Jean, métropolite d'Euchaïta — Mauropus est un surnom — compte aussi parmi les personnages remarquables de ce temps (2). Il est orateur, poète. C'est une âme tendre où ne fleurissent que de nobles sentiments. On incline à croire qu'il était né en Paphlagonie vers la fin du x^e siècle. De bonne heure il vient à Constantinople, où il habite une maison que son oncle lui avait laissée en héritage. Très instruit, connaissant même le latin, il donna des leçons à de nombreux élèves, et notamment à Psellus, qui écrivit son éloge(3). Ayant entendu vanter les mérites de Mauropus, Constantin Monomaque l'appela à la Cour, probablement en 1044. Son talent et ses vertus lui donnèrent une grande influence. L'Empereur en avait fait son confident et se laissait volontiers diriger par lui (4). Aussi est-ce à lui que le parti des philosophes s'adressa pour obtenir que Psellus eût une chaire de philosophie(5). On sait que l'empereur créa deux Facultés.

(1) V. Sathas, IV, p. 303-387.

(2) Il nous reste de lui des lettres, des discours, des pièces poétiques belles de sentiment et d'une forme très pure. Le tout a été édité d'après une copie de Bollig, bibliothécaire de la Vaticane, par P. de Lagarde, sous le titre : *Johannis Euchaïtorum metropolitae quae in codice vaticano graeco 670 supersunt*, Johannes Bollig, S. I. ... descripsit, Paulus de Lagarde, theologiae et philosophiae doctor, in Academia Georgia Augusta professor publicus ordinarius, edidit..., Gottingae, 1882. Cf. Krumbacher, *op. cit.*, 171 sq., 740; Draeseke, dans la *Byzant. Zeitschrift*, II, p. 461-493, et les auteurs cités.

(3) Ἐγκώμιον εἰς Ἰωάννην τὸν θεοσεβέστατον μητροπολίτην Εὐχαΐτων καὶ πρωτοσύγκελλον, dans Sathas, V, p. 142-167.

(4) Psellus, dans Sathas, V, p. 154, *in fine* : θαμά τε ὠμίλει καὶ ἐκοινωνεῖ τῶν ἀπορρήτων.

(5) Fischer, *op. cit.*, p. 13, n. 7.

Mauropus enseigna dans celle qui fut confiée à Psellus. C'est Mauropus qui rédigea la célèbre Constitution concernant la Faculté de droit (1).

Une brusque disgrâce changea la vie de notre personnage. Pourquoi cette disgrâce? On ne sait trop. Fischer (2) croit que Jean Mauropus avait dû entreprendre d'écrire une histoire officielle et qu'on lui défendit ensuite de la publier parce que, dans les jugements qu'elle contenait, on découvrit un excès de franchise (3), un respect maladroit de la vérité. A l'appui de son opinion, Fischer a cité une pièce de vers, — n° 96, édit. Lagarde — intitulée ὅτε ἀπέστη τῆς συγγραφῆς τοῦ χρονολογίου, pièce qu'on peut tenter de traduire ainsi (4) :

« L'historien n'a pas encore menti, mais en vint-il à mentir dans ce qui reste à écrire (car cela plairait à ceux

(1) On lit dans la pièce n° 94 (Lagarde, p. 50) :

Εἰς τὴν τοῦ νομοφύλακος νεκρῶν,
Αὐτὸς σκοπήσας πρᾶγμα κοινῇ συμφέρον,
αὐτὸς βασιλεῖ τὸ σκοπηθὲν γνωρίσας,
αὐτὸς τε πείσας, αὐτὸς ἐστὶν ὁ γράφων.

(2) *Beiträge zur historischen Kritik des Leon Diakonos und Michael Psellus*, dans les *Mittheilungen des Instituts für oesterreichische Geschichtsforschung*, VII, p. 364-377.

(3) Psellus dans Sathas, V, p. 154 : τίς δὲ ἕτερος οὕτως... πρὸς βασιλεία πεπαρησιάζεται ;

(4) Voici les vers grecs :

ὁ συγγραφεὺς ψεύδης μὲν οὐκ εἰρηκέ πω,
ψεύσκειτο μὲν· ἂν ἔν γε τοῖς λοιποῖς λόγοις.
οὕτω φιλοῦντων τῶν κελευόντων τὰδε,
ὣν τοῖς ἐπαίνου ἐντροφῶν τὸ βιβλίον,
ὅμως ἔδοξεν ἐνδεέστερον λέγειν·
ἐξουσία κρότων γὰρ οὐκ εἶδεν κόρον.
οὐκ οὖν ἀφείσθω ταῦτα τοῖς ἐγκωμίοις·
ἡ συγγραφή δὲ μὴ προχωρεῖτω πλέον·
οὐκ εὐφυῶς γὰρ πρὸς τὰ τοῦ ψεύδους ἔχει,
νόμος τε ταύτην ἐκ τροπῆς ἀποτρέπει.
ἐνταῦθα ταῖνον τὸν δρόμον παύει τέως,
ἕως κατ' εὐθὺ δῶ τις αὐτῇ τὰ τρέχειν.

qui commandent), même si l'ouvrage regorgeait de louanges, il ne paraîtrait pas en dire encore assez. L'autorité ne connaît pas la satiété des applaudissements. Laissons donc cela aux panégyristes. Et que cette histoire n'aille pas plus avant, elle n'est pas habile au mensonge, et sa loi la détourne des détours. Qu'elle cesse donc d'avancer jusqu'à ce qu'on lui donne de reprendre sa course ».

Fischer, et d'autres après lui, ont vu dans les derniers vers la preuve d'une censure officielle. Certes, il est vraisemblable qu'une censure a existé à Byzance. Mais que notre pièce le prouve, c'est douteux. La loi dont parle le poète est bien plutôt la loi du genre historique que la décision de l'autorité (*Machtspruch*) détournant l'ouvrage de sa voie (1). Notre pièce prouve simplement, que l'ouvrage avait déplu, et que l'auteur, voyant le mauvais effet produit à la Cour, renonça à l'achever. Une autre pièce nous apprend qu'il déchira son manuscrit (2).

Quoi qu'il en soit, Mauropus fut envoyé, en 1046, comme métropolitain à Euchaita, dans le thème arméniaque, pays presque désert. Cependant Psellus réussit peu à peu à apaiser l'empereur (3). Jean Mauropus revint en 1047 dans la capitale, au moins pour quelque temps. Il y était lors de la révolte de Tornikios (4).

Draeseke s'est demandé quelle avait été l'attitude de Mauropus dans le conflit avec Rome. Naturellement paci-

(1) Draeseke, *op. cit.*, p. 476, traduit ainsi le dixième vers : « Ein Machtspruch ist's, der jetzt es lenkt aus seiner Bahn ». Mais cette traduction, outre qu'elle force le sens des mots νόμος et τροπή, ne rend pas du tout le jeu de mots : ἐκ τροπῆς ἀποτρέπει. A Berndt, *Joannes Mauropus' Gedichte ausgewählt und metrisch übersetzt*, Plauen i. V., 1887, p. 26, traduit : « Und diesen Grundsatz hielt er auf im Siegeslauf ». Ce qui est inadmissible.

(2) V. éd. Lagarde, n° 54, p. 28. Quelle douleur lui causa ce sacrifice, c'est ce que le poète exprime en se comparant au loup d'Arabie qui met en pièces sa propre image, et en souhaitant que l'accusateur (ὁ γράψας) subisse le déchirement que l'accusé (ὁ γράφεις) a subi.

(3) V. Lettre de Psellus à Jean Mauropus, dans Sathas, V, p. 314.

(4) Cf. Schütte, *op. cit.*, p. 6.

fique, il dut éviter de prendre parti tant qu'il put. Entre son amitié pour Michel Cérulaire et son dévouement à l'Empereur, choisir était mal commode. Finalement il se rangea parmi les adversaires de la rupture, et son nom manque dans les souscriptions du synode de juillet 1054.

Jean Mauropus survécut peu à Constantin. Il lui survécut cependant assez pour faire à l'Empereur décédé une fort belle épitaphe qu'on trouvera, dans l'édition de Lagarde, sous le numéro 81.



Psellus est un des grands noms de l'histoire des lettres byzantines (1). « Il jouirait, écrit Neumann (2), d'une réputation universelle pareille à celle des grands humanistes de la Renaissance italienne, si un sort envieux n'eût pas enfoui, jusqu'à ces derniers temps, ses œuvres les plus caractéristiques dans les manuscrits des bibliothèques ». Il va de soi qu'une étude de Psellus ne serait pas à sa place ici. Le lecteur trouvera de quoi se renseigner sur l'homme dans les écrits de Sathas (3), Fischer (4), Neumann, Rambaud (5), Diehl (6), Hesselting (7), Rhodius (8), Schlumberger (9), etc., et sur ses

(1) Prantl, *Gesch. der Logik*, II, p. 261, voulait appeler « période de Psellus » la période de l'histoire de la philosophie qui va du ^{xiii}e au ^{xv}e siècle. Cf. Janet et Sèailles, *Histoire de la Philosophie*, p. 508. — Il y a eu, au début du ^{ix}e siècle, un autre Psellus, dit Psellus l'ancien ou l'aîné, dont on ne sait à peu près rien. Cf. Schoell, *Histoire de la littérature grecque*, VII, p. 199.

(2) *Op. cit.*, p. 82 sq.

(3) *Bibl. gr. med. ævi*, IV, p. i-cxviii et V, p. ε-πδ'.

(4) *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts*, p. 159, et *Beiträge zur historischen Kritik des Leon Diakonos und Michael Psellos*.

(5) *Études sur l'histoire byzantine*, p. 111 sq.

(6) *Figures byzantines*, 12, 1906, p. 291 sq.

(7) *Essai sur la civilisation byzantine*, Paris, 1907, p. 287 sq.

(8) *Beiträge zur Lebensgeschichte und zu den Briefen des Psellos*, Plauen i. V., 1892, et sur cette étude de Rhodius, l'article de H. Seger, dans la *Byzant. Zeit.*, II, p. 148-151.

(9) *Op. cit.*, *passim*.

œuvres dans l'histoire de la littérature byzantine de Schoell, dans celle de Nicolaï et surtout dans celle de Krumbacher. Une courte esquisse biographique est cependant nécessaire.

Constantin, ou plutôt Constat Psellus (Michel est son nom de moine), naquit à Constantinople (1) ou à Nicomédie (2) vers 1018. Son père, d'une famille qui avait, paraît-il, fourni à l'État des consuls et des patrices, ne possédait qu'un modeste avoir. C'était un petit commerçant, excellent homme « qui, nous dit son fils, parcourut la vie légèrement... d'une marche toujours égale, comme l'huile qui coule sans bruit » (3). Sa mère Théodote semble avoir été une femme intelligente, instruite, fort pieuse, et ardemment dévouée à son fils. Psellus commença par être un écolier prodige. C'est pourquoi sa mère, prévoyant pour lui un brillant avenir, lui fit prolonger ses études au delà du temps habituel. Cependant la médiocrité des ressources paternelles obligea bientôt Psellus à suivre, à peine âgé de seize ans, en qualité de commis, un *exacteur* d'impôts qui se rendait en province. La mort de sa sœur aînée (4) le rappelle à Constantinople. Il y complète ses études (5). Pour se procurer un complément de ressources, il donne lui-même des leçons (6).

(1) Sathas, IV, p. xxx, et V, p. 28.

(2) Michel Attaleiates, *Hist.*, p. 296, 10. Cf. Seger, *op. cit.*, p. 150. Dans une lettre (Sathas, V, p. 378), Psellus déclare qu'il est né près du monastère τῶν Ναρσοῦ. Sathas veut que le destinataire de la lettre soit le juge de l'Hellade, mais rien n'est moins prouvé. D'après Seger, le monastère pourrait bien être situé près de Nicomédie.

(3) Le texte grec, V. Sathas, V, p. 19, *in fine*, porte : *χούφως τε δαΐων καὶ ἀπτάιστῳ καὶ ὁμαλῳ ὅϊον ἐλαίου ῥεῦμα ῥέον ἀψοφητῷ*. J'ai emprunté la traduction que Rambaud, *op. cit.*, p. 118, a faite de ce passage de l'Ἐγκώμιον εἰς τὴν μητέρα.

(4) Psellus eut deux sœurs, toutes deux nées avant lui. La plus jeune mourut en bas âge.

(5) C'est alors qu'il a pour maître Nicetas Byzantius et Jean Mauropus. Cf. Sathas, V, p. 87-96 et 142-167.

(6) Pour le même motif, il doit, pendant quelque temps, se mettre au

S'étant lié avec Xiphilin, il apprend à Xiphilin la philosophie, et celui-ci, en retour, lui apprend le droit. L'amitié de ces deux hommes mêle longtemps leur vie(1).

Un autre camarade d'études était ce Constantin Lichudès dont nous avons déjà parlé (2). Parvenu le premier aux hauts emplois, Lichudès y poussera graduellement ses amis. Psellus fut d'abord un modeste employé du secrétariat impérial sous Michel IV et Michel le Calfat (3). Mais il a du savoir, du savoir-faire, du savoir-vivre. Il se meut avec aisance et profit au milieu des intrigues et des révolutions du Palais. Peu à peu sa chevance augmente. Il sait plaire à Constantin Monomaque dont il devient ministre(4). La fortune le favorise au point de lui donner pour femme une princesse de race impériale(5). Du reste il ne cesse pas d'étudier. Personne n'a eu plus que lui la curiosité d'apprendre, et n'a mieux ressenti la volupté de connaître. Il se donne à la rhétorique pour bien parler, à la philosophie pour bien

service d'un percepteur d'impôts, Florus, qu'il suit en Mésopotamie. V. Sathas, V, p. 459 (lettre n° 180).

(1) Sathas, IV, p. xxxvi et p. 428 sq. Cf. Fischer, *Studien*, p. 6; Rhodius, *op. cit.*, p. 3.

(2) V. *suprà*, p. 732.

(3) Psellus, *Hist.*, p. 82 : Ἐγὼ γοῦν τηλικαῦτα πρὸ τῶν βασιλείων εἰστέλλειν εἰσόδων, πόρρωθεν ὑπογράμματεῶν τῷ βασιλεῖ καὶ ἄρτι μεμνημένος τὰ προεισόδια. Cf. Sathas, IV, p. xxxvii. Sur les misères, les jalousies, les disputes des employés, on lira dans Rhodius, *op. cit.*, p. 3, la traduction d'un extrait de la correspondance de Psellus.

(4) Au besoin et pour rester bien en cour, Psellus se prosterne aussi bas qu'il peut. Son éloge de Monomaque ὦ Βασιλεῦ ἦλιν, V. Sathas, V, p. 106 sq., contient de telles hyperboles que même les Byzantins en furent scandalisés. Dans le Timarion (imitation de la Nekyomantie de Lucien, du XII^e siècle, éditée par Hase, *Notice et extraits des manuscrits*, IX, 1812, 2^e partie, 163-246), on crie sans cesse à Psellus, pour se moquer de ses flagorneries : ὦ Βασιλεῦ ἦλιν. Cf. Sathas, IV, p. cx.

(5) De ce mariage naquit une fille, Styliane, morte πρὸ ὄρας γάμου, dont nous avons l'oraison funèbre prononcée par Psellus. Cf. Sathas, V, p. 63. Psellus aura ensuite une fille adoptive qu'il mariera à Elpidius (V. *suprà*, p. 335), avec lequel il finira par avoir un procès. Cf. dans Sathas, V, p. 203, la Δικαστικὴ ἀπόφασις κατὰ Ψέλλου, et p. lxxv, n. 2.

penser (1). Il va d'Aristote à Platon, de Platon à Plotin, à Porphyre, à Jamblique, à « l'admirable Proclus » (2), écoutant tour à tour ces grandes voix du platonisme qui sont parmi les plus belles, les plus attirantes que l'humanité ait entendues. Il s'initie enfin à cette philosophie supérieure que remplit le mystère du verbe incarné (3).

Une fois directeur de la Faculté de philosophie, il y distribue un enseignement qu'on vient écouter de toutes parts; il y défend la philosophie de Platon, car il est pour Platon contre Aristote (4), contre Xiphilin, contre les doctrines des astrologues et les superstitions chaldéennes (5), contre l'Église même qui s'*aristotélise* (6). Son admiration pour Platon, pour son Platon, ἐμὲς ἐ Πλάτων (7), lui fait voir dans le grand philosophe un précurseur du christianisme. Et cette admiration fut si communicative que, tout d'abord, Michel Cérulaire la partagea et envoya ses neveux entendre les leçons de

(1) Psell., *Hist.*, p. 107.

(2) Psellus, *Hist.*, p. 108 : Ἐντεῦθεν οὖν ὁρμηθεὶς αὐθις ὥσπερ περίοδον ἐκπληρῶν ἐς Πλωτίνους καὶ Πορφυρίους καὶ Ἰαμβλίχους κατήειν, μεθ' οὓς ὁδοῖ προβαίνων εἰς τὸν θαυμασιώτατον Πρόκλον ὡς ἐπὶ λιμένα μέγιστον κατασχών, πᾶσαν ἐκεῖθεν ἐπιστήμην τε καὶ νοήσεων ἀκριβοῦσαν ἔπεισα.

(3) *Ibid.*, p. 109 : ... ἐστὶ τις καὶ ὑπὲρ ταύτην ἐτέρα φιλοσοφία, ἣν τὸ τοῦ καθ' ἡμᾶς λόγου μυστήριον συμπληροῖ.

(4) Il ne faut pas accepter, sans précautions, l'attribution à Psellus de certains traités sur Aristote. V. Krumbacher, *op. cit.*, p. 436, *in fine*.

(5) On trouvera dans Migne, *P. G.*, CXXII, p. 1123 sq., un commentaire sur les oracles chaldéens de Zoroastre et un précis de la doctrine des Chaldéens.

(6) Expression de Sathas, IV, p. LI : ἡ ἀριστοτελίζουσα ἐκκλησία.

(7) Ces mots reviennent plusieurs fois dans la lettre n° 175, Sathas, V, p. 444-451, que Psellus adresse au patriarche Xiphilin. — Une pièce de Jean Mauropus, n° 43 (Lagarde, p. 24), fournit un touchant témoignage de l'admiration qu'on avait à Byzance pour Platon, et (ce qui n'eût pas étonné notre Montaigne) pour Plutarque. Mauropus écrit : « Si tu veux soustraire quelques payens à l'effet de tes menaces, ô mon Christ, épargne Plutarque et Platon : ils sont par leur parole et par leur vie naturellement si proches de ta loi ! S'ils ont ignoré que tu es le Dieu souverain, il n'est besoin que de ta grâce, ô toi qui veux nous sauver tous gratuitement »

Psellus(1). Au contraire, Xiphilin, « soit par jalousie, soit par conviction aristotélique... voyait d'un mauvais œil l'exaltation, le triomphe du platonisme » (2), et de tout le fracas philosophique de son ami n'augurait rien de bon.

On a déjà dit que Constantin Monomaque se lassa à la longue des conseillers dont il s'était d'abord entouré (3). Il laissa partir ou renvoya Lichudès, Maupropus, Xiphilin. Psellus, mieux en Cour, resta après le départ de ses amis. Mais comme Xiphilin et lui s'étaient réciproquement promis d'embrasser la vie monastique (4), une fois Xiphilin parti, Psellus se décida à devenir moine sous le nom de Michel. Cela se passait en novembre ou décembre 1054. Psellus voulut aussitôt rejoindre Xiphilin (5), mais l'Empereur l'en empêcha. C'est seulement après la mort de Constantin, survenue le 11 janvier 1055, que Psellus put réaliser son projet (6).

Doué d'une fine sensibilité d'artiste, Psellus commença par goûter, près de son ami, les joies les plus vives (7). Tout, à l'Olympe, lui est un sujet d'enchantement : beauté des eaux, beauté des monts, beauté des forêts (8). Mais ce pieux et poétique enthousiasme ne dura pas. Psellus vit avec stupeur Xiphilin « maintenant indifférent aux grâces du langage, n'écouter plus que l'esprit divin, et préférer la méditation aux entretiens de son ami » (9). Bientôt Psellus ne pense plus qu'à s'en aller. Il revient à Byzance où son retour fait scandale. Un certain moine

(1) V. Ἐπιτάφιος εἰς Κηρουλλάριον, Sath., IV, p. 352.

(2) Sathas, IV, p. civ.

(3) V. *supra*, p. 732, 736, 737.

(4) Psell., *Hist.*, p. 175-178.

(5) V. lettre 101, Sath., V, p. 343; Cf. Rhodius, *op. cit.*, p. 6.

(6) Sath., IV, p. LXVI et p. 441.

(7) Rambaud, *op. cit.*, p. 149.

(8) Ἐπιτάφιος εἰς Ξιφιλίνον, Sathas, IV, p. 442^o sq. Cf. dans Migne, CXXXVI, p. 1331 : τὰ πρὸς Ὀλυμπον.

(9) Sath., IV, p. LXVII; Rambaud, p. 150.

Jacob compara Psellus à Jupiter laissant l'Olympe parce que les belles déesses n'y sont plus. Psellus répondit à Jacob de la bonne encre, ou, pour mieux dire, d'une encre un peu fangeuse, par une pièce en prose en forme d'acrostiche, d'une inexcusable grossièreté (1).

Théodora régnait alors. Elle reçut bien Psellus (2), mais confia le pouvoir à Léon Strabospondyle. L'impératrice ne consulta même pas Psellus pour le choix qu'elle fit de son successeur au trône, Michel Stratiotique. Quand éclata la révolte des généraux, révolte qui mit l'énergique Isaac Comnène sur le trône, Michel Stratiotique eut recours aux talents diplomatiques de Psellus, lequel négocia beaucoup pour lui-même et très peu pour Michel VI (3). Une fois empereur, Isaac Comnène prit Psellus pour un de ses ministres et lui donna la présidence du Sénat. Psellus fut pour Isaac, qui l'aimait beaucoup, un serviteur obéissant au point de rédiger l'acte d'accusation contre Michel Cérulaire (4). Mais Isaac ne régna pas longtemps; atteint d'une pleurésie, gêné dans son gouvernement par la silencieuse opposition des bureaux (5), il manifesta l'intention d'abandonner le trône pour se faire moine, et Psellus, mettant au large sa conscience, précipita la nomination de Constantin Dukas (6). Sous le nouveau Basileus, Psellus est encore en faveur, il est l'homme de confiance de l'empereur, son commensal (7), le précepteur de son fils. A la vérité, l'impératrice

(1) On trouvera dans Sathas, V, p. 177, le quatrain du moine Jacob et l'acrostiche de Psellus, parodie du canon de la messe. Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 151 et Krumbacher, *op. cit.*, p. 681.

(2) V. Psell., *Hist.*, p. 184 sq.

(3) Michel VI envoya Psellus à Nicomédie avec Lichudès et Alopous pour proposer à Isaac Comnène le titre de César. V. Psellus, *Hist.*, p. 1893; Cédreus, II, 632; Zonaras, XVIII, 3. Cf. Brehier, *op. cit.*, p. 255; Schlumberger, *op. cit.*, p. 803.

(4) V. *suprà*, p. 740, n. 4.

(5) V. Gelzer dans la *Geschichte*² de Krumbacher, p. 1059.

(6) Rambaud, *op. cit.*, p. 157.

(7) Psell., *Hist.*, p. 233.

Eudokia Makrembolitissa, étant nièce de Michel Cérulaire, avait quelques raisons d'en vouloir à Psellus. Mais c'était une jolie femme, une femme de lettres, et, sans aller jusqu'à croire, comme Sathas, que Psellus ait écrit avec elle le *Violarium* (1-2), on peut penser que notre philosophe sut apaiser le ressentiment d'Eudoxie en faisant le panégyrique de Michel Cérulaire, et surtout en louant adroitement, dans la souveraine, la beauté de la femme et le talent de l'écrivain. Le second mari d'Eudoxie, Romain Diogène, emmena notre philosophe en Asie : Psellus ne savait-il pas la stratégie, la tactique, la poliorcétique, tout comme le droit, la médecine, la théologie, et le reste (3)? Mais Psellus était de retour à Constantinople quand l'émeute des soldats de la garde détrôna Romain Diogène. On sait comment fut traité le vaincu de Mantziert (4). De l'horrible supplice où brusquement apparaît, comme en raccourci, la cruauté dont était capable une société polie, Psellus est-il entièrement innocent? Il l'a soutenu dans la lettre bien connue qu'il écrivit à Romain mourant (5). Et peut-être ne ment-il pas. Mais il est certain qu'il ne fut pas étranger à la chute du malheureux Basileus, et qu'il

(1) Sathas, *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques*, 1875, IX, p. 193, n. 1; *Documents inédits relatifs à l'histoire de la Grèce*, I (1888), p. xi; *Bibliotheca graeca medii aevi*, V, p. λβ'. Il est aujourd'hui certain que le *Violarium* a été composé vers l'an 1543 par le grec Constantin Palaeokappa. Villoison l'édita dans le tome I de ses *Anecdota graeca*, en 1781; Flach en a donné une édition dans la bibliothèque de Teubner.

(2) Psellus, *Hist.*, p. 244, 31, donne un détail curieux. Les pères d'Eudoxie et Psellus étaient frères *ἐκ πνευματικῆς διαθέσεως*. Ce texte prouve la persistance de l'*ἀδελφοποιία* à notre époque. Cf. *Πεῖρα*, XLIV, 11.

(3) *Hist.*, p. 249, 225, 183, 184, 78, etc.

(4) Scylitzès, 704; Zonaras, XVIII, 15. Cf. Schlumberger, *Les îles des Princes*, 1884, p. 58-63.

(5) Cette lettre *πρὸς τὸν Διογένην ὅτε ἐτυφλώθη* est imprimée deux fois dans Sathas, *Bibl. gr. med. aevi*, IV, p. xcvi et V, p. 316. Elle est aussi, reproduite, avec traduction de Hase, dans le recueil des historiens des Croisades, *Hist. grecs*, I, 49.

vit avec joie Michel Dukas devenir le maître (1).

En 1077, l'élève de Psellus, Michel Dukas, dont Psellus n'avait réussi à faire qu'un pédant malhonnête (2), fut contraint de descendre du trône et d'embrasser la vie monastique. On pense communément que Psellus l'avait déjà précédé au monastère et qu'il mourut vers 1078 (3).



Nous connaissons maintenant les personnages parmi lesquels il faut chercher, à notre estime, le rédacteur de la *Meditatio* et son contradicteur.

On tombera aisément d'accord pour écarter Jean Mauropus, qui n'est qu'un poète et un rhéteur, et que d'ailleurs ses vertus mettaient à l'abri de toute calomnie. — Doit-on penser à Michel Cérulaire? Michel, il est vrai, est un philosophe, et un homme très influent sous Constantin Monomaque, mais on ne voit pas qu'il ait été juriste, et surtout qu'il ait dû à une réputation de légiste sa grande situation. D'ailleurs, dès 1042, il occupe le trône patriarcal, et c'est beaucoup plus tard que notre procès vient devant le tribunal impérial (4).

Pour Constantin Lichudès on hésitera davantage. Il fut

(1) Psell., *Hist.*, p. 253; cf. Zonaras, XVIII, 15. Le cri de la conscience humaine outragée par tant de trahisons et tant de cruautés, ce n'est pas Psellus, c'est Michel Attaleiates qui l'a poussé. Il n'est rien de plus émouvant que les réflexions de Michel Attaleiates sur la mort de Romain et que son appel à la justice divine.

(2) On sait que le ministre favori et tout-puissant de Michel Dukas fut Nicephoritze et non pas Psellus. C'est Nicephoritze qui donna à Michel l'idée d'accumuler à Rhedeste les moissons de la Thrace pour en monopoliser la vente. Il vendait le boisseau (*medimnus*) un nomisme, mais le médimne était diminué d'un quart : ἀλλὰ παρὰ πινάκιον (le πινάκιον ou πέναξ était le quart du médimne). C'est pour cela que Michel Dukas fut surnommé παραπινάκης. Cf. Zonaras, XVIII, 16; Scylitzès, B, p. 714; B, Glykas, p. 614.

(3) V. Anna Comnène, *Alexias*, I, p. 260, 6; cf. Sathas, *op. cit.*, IV, p. civ, n. 12. Toutefois, Mich. Att., *Hist.*, p. 296, paraît bien dire que notre Psellus fut encore ministre sous Nicéphore Botoniate. Cf. *Byz. Zeit.*, II, p. 151.

(4) V. *suprà*, p. 738.

premier ministre. Même après avoir cessé de l'être, il reste un très grand personnage dans l'État. Cependant nous renonçons à fixer sur lui notre choix. Les indications de la *Meditatio* ne peuvent se rapporter à lui : sa loyauté, son désintéressement, sa fermeté, sa piété étaient notoires (1). Ce n'est pas à lui qu'il fallait rappeler le tribunal des dernières justices, ni que le juge suprême demandera un compte sévère de nos actes d'ici-bas. Ce n'est pas lui qui sentira le besoin de proclamer une honnêteté que personne n'a mise en doute.

Nos recherches semblent donc limitées à Xiphilin et à Psellus (2).

L'auteur de la *Meditatio* serait-il Xiphilin? Pourquoi non? Xiphilin avait cet art des classifications qu'on retrouve, appliqué aux pactes, dans la *Meditatio*. Il était versé dans le droit ancien; et avait l'habitude d'y remonter pour expliquer et compléter le droit nouveau. Le ton de pédagogue, qui surprend et choque d'abord dans notre texte (3), est assez naturel chez un homme qui fait profession d'enseigner et qui dirige la grande école de droit de Constantinople. Enfin l'auteur de la *Meditatio*, on s'en souvient (4), oppose aux pactes non munis d'actions les pactes qui, tout en ayant la dénomination générale de contrat, sont sanctionnés par les actions qui conviennent, et les pactes qui, n'ayant pas l'appellation spéciale d'un contrat, sont cependant munis d'actions.

(1) Zonar., XVIII, 5, B, p. 670 : ἄνδρα ταῖς τῶν κοινῶν πραγμάτων ἐπὶ μακρὸν ἐμπρέψαντα διοικήσει καὶ ἀνέγκλητον διαμείναντα.

(2) On ne peut penser à Michel Attaleiates comme auteur de la *Meditatio*, bien que l'appel à la justice divine que fait cet historien à propos de la révolte de Tornikios, *Hist.*, p. 19, et à propos du supplice de Romain Diogène, V. *suprà*, p. 751, n. 1, ressemble quelque peu à l'appel fait à la même justice dans notre texte, III, 3. En effet, Michel Attaleiates est un juriste, mais non un philosophe; en outre, il n'arrive à un poste important que sous Constantin Ducas, V. Nissen, *op. cit.*, p. 25, et enfin on n'a jamais pu dire de lui qu'il avait atteint le faite des honneurs.

(3) V. *suprà*, p. 729.

(4) II, 1, 2.

Or, Psellus, dans l'oraison funèbre de Xiphilin, écrit (1) :
 τίς οὕτως τῶν ἐνοχῶν τὰς ἀγωγὰς ἀπεγέννησε, τὰ πλεῖω ἀπὸ
 τῶν ἐλαττόνων, ὥσπερ δὴ κίχρινας ἀπὸ τοῦ ὁμωνύμου ὀνόμα-
 τος; ainsi Xiphilin excellait à dériver les actions des
 obligations, utilisant l'identité de dénomination générale
 pour les multiplier. En rédigeant ce passage de l'oraison
 funèbre, il semble que Psellus se souvienne encore, après
 de longues années (2), de la vive discussion juridique
 dont les pactes sanctionnés et non sanctionnés avaient
 été l'objet entre Xiphilin et lui (3).

Quant aux protestations d'honnêteté et de désintéres-
 sement qu'on lit au début de la *Meditatio*, elles sont là
 pour répondre aux calomnies qu'on fit courir sur le
 compte de Xiphilin aussitôt qu'il fut en faveur.

Enfin, le désir de mener une vie toute à Dieu que notre
 auteur exprime, Xiphilin, comme on sait, le réalisa en
 se retirant au mont Olympe et en se faisant moine.

Il est vrai que Xiphilin n'aimait guère Platon et lui
 préférait Aristote, mais lui était-il interdit pour cela de
 faire allusion à un texte du Criton? Dans la haute société
 byzantine, platoniciens et antiplatoniciens connaissaient
 à merveille l'ancienne littérature grecque. La prosopopée
 des lois était un texte classique fixé dans toutes les
 mémoires. Ne l'est-elle pas encore aujourd'hui dans la
 mémoire des gens cultivés? L'opposer à un adversaire
 connu par son attachement au platonisme, c'était
 combattre l'adversaire avec ses propres armes.

Ainsi s'est précisée dans notre esprit l'idée que l'inter-
 locuteur de Xiphilin pourrait bien être Psellus.



Cette idée est-elle admissible?

On est d'abord tenté de répondre non. Psellus, en effet,

(1) Sath., IV, p. 15.

(2) Xiphilin est mort en 1075. V. *supra*, p. 738, n. 2.

(3) *Aliter*, Fischer, *op. cit.*, p. 16, n. 8.

dans la *Synopsis legum*, expose, sur les sources du droit, une manière de voir qui n'est pas celle que l'auteur de la *Meditatio* attribue à son adversaire.

Cependant, examinons et pesons les arguments pour ou contre notre idée.

Psellus fut, pour Xiphilin, un ami de jeunesse. C'est Xiphilin qui lui a appris le droit. Ainsi s'explique très bien le ton de pédagogue agacé que prend Xiphilin quand son ancien élève prétend lui faire la leçon (1). Psellus est aussi un philosophe, le plus grand, le plus subtil des philosophes de son temps. Xiphilin le sait bien, puisque Psellus a été son maître de philosophie, et il le reconnaît, quoique d'assez mauvaise grâce (2). Enfin Psellus, grâce à ses connaissances juridiques et à son talent de parole, est devenu un avocat célèbre, et s'est hissé aux plus hautes fonctions. C'est encore ce que constate notre auteur (3). — Ajoutons que Psellus était vaniteux, railleur, facilement irritable (4), comme notre texte le laisse entendre. Entre Xiphilin et lui les différences de caractère et de tempérament sont grandes, et de bonne heure doivent amener quelques heurts. La brouille, selon toute vraisemblance, commença avec les prétentions opposées des juristes et des philosophes, lors de la création de l'enseignement supérieur. Elle fut d'abord peu de chose. Mais les tendances philosophiques contraires, en diverses circonstances, l'aggravèrent. Au mont Olympe, Xiphilin et Psellus ne s'entendent plus du tout. Xiphilin a deviné tout ce que la nature morale de l'ami de sa jeunesse enfermait de faiblesse et même de bassesse, et Psellus ne voit plus guère dans Xiphilin

(1) Pr., 2; III, 2, 3, 15; IV, 1; V, 11, 12, 14, 20, 35; VI, pr., 8, 11, 17, 26; VII, 1, 19; VIII, 4.

(2) VI, 24.

(3) VI, 4.

(4) Qu'on se rappelle le discours *κατὰ τοῦ Ὀφρυδά*, V. *suprà*, p. 736, n. 7, et l'acrostiche contre le moine Jacob, V. *suprà*, p. 749, n. 1.

qu'un moine fanatique et maladroit, vertueux et insupportable. Même après la mort de Xiphilin, même à l'ambon de Sainte-Sophie, quand Psellus va, en 1075, célébrer les vertus et les talents du patriarche défunt, quelque chose de l'ancienne rancune lui remonte au cœur. Sathas a très justement observé que Psellus, « après avoir fait un éloge très pompeux de son ami, finit par une apostrophe très sarcastique à son ombre et se moque très amèrement de ses idées théologiques qui, loin d'être chrétiennes, n'étaient que les dogmes étranges des Chaldéens » (1).

A l'époque de notre procès, l'amitié n'est pas encore tout à fait brisée, mais les causes de discorde apparaissent déjà. Xiphilin s'émeut à voir Psellus si différent de lui. Il s'irrite de le trouver si vain de sa sagesse et de sa science platonicienne. Psellus, de son côté, mécontent de trouver en son ami un juge perspicace et sévère, s'abandonne peu à peu à son esprit de raillerie et à ses habitudes de sarcasme.

Mais, dira-t-on, si Psellus est le juge qui contredit notre auteur, comment expliquer que, dans la *Synopsis legum*, Psellus accorde une valeur légale au Digeste, au Code, aux Novelles? Écoutons-le parler à son impérial élève (2) :

(1) *Annuaire de l'association pour l'encouragement des études grecques*, Paris, 1875, p. 179.

(2) Voici le texte grec :

Πρῶτον δ' ἑρμηνευτέον σοι, πόσῃ τοῦ νόμου μέρη.
 Τὸ μὲν γὰρ τούτων Κώδικος οὕτως ὠνεμασμένον,
 Πτυχίον δωδεκάβιβλον, ὃ φασὶ διατάξει·
 ἔχει δὲ τοῦτο δόγματ' α, ΔΕΣΠΟΤΑ, βασιλέων,
 Ἀντιγραφάς τε νομικὰς, καὶ δικῶν ἀποφάσεις.
 Τόδε κλεῖσσι ΔΙΓΕΣΤΑ, Ρωμαϊκῇ δ' ἢ κλησίς.
 Ὑπάρχει δὲ τὸ ΔΙΓΕΣΤΑ ἑλληνικῶς ΠΑΝΔΕΚΤΗΣ,
 Ὅτι καὶ νόμων πέφυκε παντοδαπῶν δεχέιν·
 Καὶ πλεῖστί· συνεγράψαντο τοὺς νόμους· τοῦ πανδέκτου.

.

« Voici les parties de la loi : D'abord la partie appelée Code en douze livres. On appelle constitutions des ordonnances, rescrits, sentences des Empereurs. Vient ensuite le Digeste, en grec Pandectes, réceptacle de toutes sortes de lois qu'écrivirent de nombreux auteurs. Après, il y a les Nouvelles. Puis l'abrégé de Léon qui résume en soixante livres toutes les lois, Code, Digeste, Nouvelles, en disposant les diverses règles parentes et concordantes sous un même titre. Seulement, l'ouvrage de Léon est obscur et d'une interprétation difficile. Enfin, il y a une autre partie qui est comme l'œil du droit et qui sert d'introduction aux autres : ce sont les Institutes... ». Ou ces lignes ne signifient rien, ou elles expriment justement la thèse soutenue par le rédacteur de la *Meditatio* : le droit de Justinien est en vigueur à côté des Basiliques. Celles-ci sont obscures, mais leur obscurité se dissipe quand on interprète les textes qu'elles contiennent à l'aide des compilations de Justinien.

L'objection serait décisive, mais à trois conditions :

1° Il faudrait avoir la conviction que Psellus, le ministre caméléon que l'on sait, était incapable d'abandonner dans une affaire particulière ses opinions scientifiques pour des opinions momentanées et rémunératrices. Cette conviction, personne ne l'a. Ce n'est pas, sans doute, sans intention que notre auteur se défend d'écrire sous l'impulsion d'un motif peu honorable. En même temps

Πρὸς τοῦτοις μέρος πέφυκεν αἱ Νεαραί Συντάξεις.
 Εἶτα συνοπτικώτερον τοῦ Λέοντος βιβλίον,
 Τὸ πᾶν ἐξηκοντάβιβλον πάντας τοὺς νόμους ἔχον,
 Τούς κώδικας, τὰ Διγέστα, τὰς Νεαράς συντόμους,
 Τὰ σύμφυλα, τὰ σύμπνοα τῶν διαφόρων νόμων
 Διακρινούν ὑποτιλοῦν αἰκείως καὶ γνησίως,
 Ἀλλ' ἔστι δυσερμηνεύτον, ἀλλ' ἀσαφές ἐσχάτως.
 Ἔστι καὶ μέρος ἕτερον οἷον ὁψίς τῶν νόμων
 Ὡς εἰσγωγικώτερον τῶν ἄλλων δεδειγμένη,

 Τῷ δὲ βιβλίῳ τούτῳ δὴ ἡ κλήσις Ἰνστιτούτ α.

qu'il paraît se défendre contre des calomnies à son adresse, il semble faire une discrète allusion à la vénalité de son interlocuteur (1).

2° Il faudrait soutenir que la *Synopsis legum* est contemporaine de la *Meditatio*. Or, si l'on admet avec nous que la *Meditatio* a été rédigée au milieu du XI^e siècle, un intervalle d'un quart de siècle — *grande mortalis aevi spatium* — la sépare, dans l'opinion générale (2), de la *Synopsis legum*. En vingt-cinq ans, même dans un esprit moins muable que celui de Psellus (3), les idées changent beaucoup, aussi bien les idées juridiques que les autres.

3° Enfin, il faudrait être assuré que Psellus est bien l'auteur de la *Synopsis legum*, et, s'il en est l'auteur, qu'il a voulu, dans cet ouvrage, faire connaître ses opinions juridiques. Mais d'abord la *Synopsis* est si misérable (4), qu'on éprouve de grandes difficultés à y voir l'œuvre de ce grand esprit (5). Otez l'attribution à Psellus et l'objection

(1) Pr. pr. : δὲ ἔργον τινὰ καὶ δυσμένειαν ἢ καὶ φιλοτιμίαν, ἢ καὶ ἄλλην αἰτίαν οὐκ εὐπρεπή....

(2) On admet, en effet, communément que la *Synopsis* a été rédigée en 1070. V. Schoell, *op. cit.*, p. 293; Poll, dans son édition de la *Notitia* de Suarez, p. 207; Heimbach, *De Basilicorum origine*, p. 127. Dans les Prolegomènes des *Basiliques*, Heimbach se borne à écrire qu'elle est faite *seculo undecimo exeunte*. Fischer cependant, *Studien*, p. 55, place la date de rédaction un peu avant 1040.

(3) On notera que, dans la *Synopsis legum*, v. 432 sq., sont seules considérées comme encore applicables les Nouvelles de Justinien reçues aux *Basiliques*. Psellus resterait donc, pour les Nouvelles, fidèle à l'opinion que, selon nous, il avait défendue dans la *Meditatio*.

(4) V. Zacharie von Lingenthal, dans les *Kritische Jahrbücher f. d. Rechtswissenschaft*, de Richter et Schneider, XI, p. 626. — Dans l'Encyclopédie de Ersch et Grüber, LXXXVI, p. 434, Heimbach l'aîné juge ainsi la *Synopsis* : Ein kindisches, zusammengeflücktes und unvollständiges Buchlein. De son côté, Antoine Augustin écrivait (*Emendationum lib. IV*, ch. III, *in fine*. V. Trésor d'Otto, IV, p. 1531) : *In Laurentiana Bibliotheca Florentinorum nobilissima aliquot Graecorum jurisconsultorum epitomes vidimus, in quibus Michaelis quoque Pselli versibus Synopsis legum scriptus est. Qui liber non est quod tantopere desideretur quanto ceteri...*

(5) Heimbach, *op. cit.*, p. 434, paraît au moins dans le doute quand il

disparaît toute. Que si pourtant, comme nous l'avons fait plus haut (1), on suit l'opinion commune (2), il n'est ni nécessaire, ni même légitime de voir dans la *Synopsis* le sommaire des idées personnelles de Psellus sur les principales matières du droit (3). Le but poursuivi était simplement d'inculquer à un médiocre élève quelques notions juridiques, les plus communes, les plus répandues. Pour atteindre ce but, Psellus s'est bien gardé de procéder comme fera Bossuet instruisant le grand Dauphin : il n'a pas écrit de beaux traités restés lettre close pour son élève, il s'est contenté d'emprunter à quelques manuels et opuscules des formules toutes faites qu'il a tournées en vers iambiques (*versus memoriales*) pour qu'elles fussent plus faciles à retenir. Dans ces manuels il trouva la vieille thèse de l'égale valeur législative des Basiliques et des recueils de Justinien, et, comme cette thèse était, après tout, soutenable et probablement encore la plus soutenue, il pensa que c'était la seule à faire entrer dans la tête étroite de Michel Ducas.



C'est sur ces conclusions et ces conjectures que s'achève notre longue étude. Arrivé au terme d'un travail qui a surtout le mérite de venir le premier, nous nous souvenons des vers que les moines grecs avaient accoutumé d'écrire à la fin des manuscrits (4). Ces vers traduisent avec ingénuité les sentiments de soulagement,

écrit : Dieses Werkchen ist *angeblich* von dem berühmten ὕπατος τῶν φιλοσόφων Michel Psellus... verfasst.

(1) V. *Nouv. Rev. hist.*, 1913, p. 647.

(2) Cf. Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 210; Villanueva, *Diritto byzantino*, 1906, p. 114; Fischer, *Studien*, p. 55, qui invoque, outre les motifs ordinairement donnés, un passage de l'histoire de Psellus, p. 261.

(3) V. Mortreuil, *Ibid.*, III, p. 473 *in fine*.

(4) Voir notamment Dmitriewski, *op. cit.*, I, p. 655.

sinon de satisfaction, que ressent naturellement l'ouvrier quand sa besogne est faite. On a pensé qu'ils trouvaient ici leur place :

Ἦδὺς ὁ λιμὴν τοῖς πλέουσι τυγχάνει
Καὶ τοῖς γραφεῦσι τέρμα τῆς βίβλου πάλιν·
Ἄμφω γὰρ ἀνάπαυλαν εἰσφέρει πόνων.

H. MONNIER, et G. PLATON,

Doyen Bibliothécaire
de la Faculté de droit de Bordeaux.